


UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE DE DIREITO

A ATUAÇÃO PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO NA PERSPECTIVA
DO MOVIMENTO DE REFORMA DO PROCESSO

Maurílio Guignoni Dutra

De acordo.

RJ, 28.03.2008.



Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro
2008

Maurílio Guignoni Dutra

A ATUAÇÃO PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO NA PERSPECTIVA
DO MOVIMENTO DE REFORMA DO PROCESSO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro
2008

Maurílio Guignoni Dutra

A ATUAÇÃO PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO NA PERSPECTIVA
DO MOVIMENTO DE REFORMA DO PROCESSO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Aprovado em: _____

Banca examinadora:

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Prof. Dr. da Faculdade de Direito da Uerj

Rio de Janeiro
2008

À minha amada Fernanda, aos meus pais e irmão, dedico este trabalho em reconhecimento a toda a força e amor a mim oferecidos.

AGRADECIMENTOS

A todos os amigos e profissionais da labuta diária que contribuíram com sua experiência e conhecimento.

Aos companheiros do Mestrado em Direito Processual da UERJ, Turma 2006, pela maravilhosa e proveitosa convivência acadêmica durante o período do curso.

Ao meu orientador, Prof. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, pelo estímulo dado e por toda a paciência e atenção dispensadas.

Aos meus colegas “benedenses”, em especial, Aline, Gilson, Bruno, Marcelo, Mariana, Paula e Denílson.

“O maior erro do governo consiste em não fazer nada quando descobre que só pode fazer pouco”.

Edmund Burke

RESUMO

DUTRA, Maurílio Guignoni. **A atuação processual do Poder Público na perspectiva do movimento de reforma do processo.** 2008. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente dissertação tem por objetivo abordar as diversas características pertinentes aos conflitos de interesses em que figuram como partes pessoas jurídicas de direito público (Fazenda Pública), com enfoque especial no acompanhamento das recentes modificações normativas que vêm sendo, nesta seara, engendradas no direito pátrio e alienígena. O trabalho foi estruturado de forma a percorrer um caminho que permita ter um conhecimento abrangente da problemática atual que envolve o regime jurídico a que estão sujeitas as causas envolvendo a Fazenda Pública, com a abordagem do grupo de prerrogativas processuais hoje existentes a seu favor e o apontamento de suas conseqüências nocivas no que se refere à garantia do acesso à justiça e aos princípios dela decorrentes, em especial, efetividade, isonomia e celeridade. Faz parte, ainda, da pretensão do estudo em questão trazer notícias de como a matéria em comento é tratada em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, com ênfase especial na observação das principais reformas que os mesmos têm experimentado (Portugal e Espanha). O estudo abordará, ademais, as principais perspectivas para um novo atuar da Fazenda Pública no processo que permita a implementação plena da garantia do acesso para os cidadãos que com ela litigam, abordando algumas das principais mudanças a serem empreendidas para tal fim, assim como, propondo a adoção de um novo modelo processual para veiculação dos conflitos envolvendo o Poder Público.

Palavras-chave: Fazenda Pública em juízo; Direito Processual Civil; Direito Processual Público; prerrogativas processuais; jurisdição administrativa; direito estrangeiro; reformas processuais.

ABSTRACT

DUTRA, Maurílio Guignoni. **A atuação processual do Poder Público na perspectiva do movimento de reforma do processo.** 2008. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present dissertation aims to approach the diverse characteristics pertinent to the conflicts of interests where public law legal entities appear as parties (Public Administration), with focus on the recent normative changes accompaniment that are being produced, in this field, in native and foreign law. The work was structured to allow a wide-range knowledge of the actual matter involving the legal system of the causes involving the Public Administration, with the boarding of the group of procedural prerogatives today existing on its behalf and the note of its harmful consequences related to the right of the access to justice and its principles, specially, effectiveness, isonomy and celerity. The study also intends to bring information about how the substance in comment is treated in some foreign legal systems, with special emphasis in the comment of the main reforms that they have tried (Portugal e Spanish). Moreover, the study will approach the main perspectives of the Public Administration's behavior in the process that allows the full implementation of the right of the access for the citizens who litigate against the State, approaching some of the main changes to be undertaken for such end, as well as proposing the adoption of a new procedural model for propagation of the conflicts involving the Public Power.

Keywords: Administration in judgment; Civil Procedure Law; Public Procedure Law; procedural prerogatives; administrative jurisdiction ; foreign law; procedure reforms.

SUMÁRIO

Introdução	11
 Capítulo Primeiro – A Fazenda Pública	
1.1. O conceito de Fazenda Pública.....	16
1.2. O regime jurídico de direito público	22
1.3. O Estado e o interesse público.....	26
1.4. O controle de juridicidade dos atos praticados pelo Poder Público	32
1.5. O controle jurisdicional dos atos estatais	39
 Capítulo Segundo – Direto Processual e Fazenda Pública	
2.1. O Direito Processual – algumas considerações	58
2.2. Tutela ordinária e tutela diferenciada: proposta de classificação tendo em conta os processos envolvendo a Fazenda Pública.....	70
2.3. A competência nas causas envolvendo o Poder Público	73
2.4. Representação judicial do Poder Público	84
 Capítulo Terceiro – As prerrogativas processuais da Fazenda Pública	
3.1. Prerrogativas processuais: fundamentos.....	94
3.2. Prerrogativas: princípios da isonomia e proporcionalidade	95
3.3. Os atos de comunicação dos representantes da Fazenda.....	103
3.4. O reexame necessário das sentenças	108
3.5. O benefício dos prazos diferenciados	114
3.6. Execução e cumprimento das decisões judiciais	116
3.7. Tutela cautelar e tutela antecipada em face da Fazenda Pública.....	132
 Capítulo Quarto – A atuação processual da Fazenda Pública no Direito Estrangeiro	
4.1. Contextualizando os sistemas estrangeiros de controle dos atos estatais.....	139
4.2. Modelo de jurisdição administrativa onde se conjugam as atribuições de consultoria e julgamento (França)	143
4.3. Jurisdição administrativa formada por uma ordem judicial autônoma (Alemanha e Portugal)	150

4.4. A justiça administrativa como integrante de uma jurisdição suprema (Espanha).....	153
4.5. O modelo jurisdicional civil e a tradição do <i>judicial review</i> (Reino Unido e EUA)	155
4.6. Classificação dos modelos organizativos e os sistemas tipicamente processuais	161

Capítulo Quinto – As reformas de Portugal e Espanha

5.1. A justiça administrativa e o modelo processual português.....	169
5.2. O contencioso administrativo espanhol	191
5.3. Conclusões.....	206

Capítulo Sexto – A reforma do sistema processual brasileiro e os litígios envolvendo o Poder Público

6.1. Breves considerações sobre o movimento de reforma do processo	212
6.2. A Fazenda Pública como parte processual e a garantia do acesso à justiça: o lançamento de uma nova perspectiva constitucional	223
6.3. Ampliação do acesso à tutela jurisdicional de direitos decorrentes de relações travadas com o Poder Público: a questão dos Juizados Especiais	226
6.4. A eliminação das prerrogativas processuais da Fazenda Pública.....	229
6.5. A urgência na modificação do regime de execução contra a Fazenda Pública	232
6.6. Da necessidade de disciplinamento processual específico e adequado	236

Conclusão	240
------------------------	-----

Referências bibliográficas	246
---	-----

INTRODUÇÃO

Não foram poucos, nos últimos tempos, os esforços envidados e discussões travadas pela comunidade jurídica internacional em prol do movimento de ampliação da garantia do acesso à justiça para os indivíduos e organizações. O clamor da sociedade por um acesso mais amplo à justiça tem exigido de legisladores, estudiosos e operadores do direito empenho na tarefa de tentar solucionar ou, ao menos, amenizar os inúmeros problemas enfrentados pela justiça moderna, dentre os quais destacam-se a antieconomicidade, a morosidade e a inefetividade dos seus provimentos.

Tais problemas, que têm retirado da jurisdição sua credibilidade perante os cidadãos e alimentado a descrença na correta aplicação do direito, forçam processualistas de todo o mundo a buscarem, de forma incessante, a criação e desenvolvimento de ferramentas processuais voltadas a tutelar, de forma apropriada, a variada gama de interesses que emergem do contexto social contemporâneo, sobretudo, com o advento e reconhecimento dos denominados “novos direitos”.¹

Um dos expoentes máximos desse movimento de revitalização do processo é o professor italiano Mauro Cappelletti, que com suas famosas “ondas renovatórias do acesso à justiça” propõe que seja reavaliada a forma pela qual a função jurisdicional do Estado é desempenhada, com vistas a que ela consiga, o mais plenamente possível, atender aos anseios daqueles que clamam por justiça.

Em território brasileiro, o movimento conhecido como reforma do processo, vem tentando, nos últimos anos, através de inúmeras mudanças na órbita normativa constitucional e infraconstitucional, eliminar uma série de barreiras ao pleno acesso à tutela jurisdicional, buscando adaptar a legislação processual vigente às necessidades socioeconômicas contemporâneas.

¹ WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. **Os Novos Direitos no Brasil – natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 04.

Sem desmerecer o esforço que vem sendo empenhado nessa tarefa, vale registrar, contudo, que, no Brasil, ainda pende como não resolvido um aspecto muito peculiar do problema do acesso à justiça: a atuação do Estado brasileiro, enquanto sujeito processual (na qualidade de autor, réu ou interveniente em demandas processuais) traz, em si, uma forte dose de nocividade aos plenos e efetivos fins aos quais o processo se destina.

A Fazenda Pública, em todas as esferas (federal, estadual e municipal), é a figura que mais aparece como parte nas ações judiciais em curso no País, seja na qualidade de autora, seja na de ré.

A volumosa participação fazendária nas lides existentes no país revela indicativo contundente da falta de sintonia da atuação estatal e os preceitos normativos vigentes. E isso ocorre, tanto no campo legislativo, ao editar normas com potencial para gerar conflito interpretativo, sobretudo constitucionais, quanto no campo administrativo, com a prática de atos que não se sustentam a uma análise acerca de sua juridicidade. Revela, por outro lado, a inabilidade do Poder Público na utilização de ferramentas extrajudiciais de solução de conflitos, situação que faz com que todo e qualquer conflito envolvendo o Estado tenha por fim o Poder Judiciário.

O prejuízo à efetividade processual também é atribuído, em grande parte, ao conhecido sistema de “prerrogativas processuais” existentes em prol da Fazenda Pública em juízo e que hoje representa, segundo vários autores e operadores do direito, verdadeiro fator dificultador do acesso à justiça para aqueles que eventualmente necessitem litigar em face do Estado.

Partindo dessas premissas, é fundamental que, no âmbito do movimento de reforma processual atualmente vivido no País, sejam elaboradas e aprovadas propostas voltadas à eliminação ou mitigação dos problemas ocasionados à plena satisfação dos direitos materiais que decorrem das relações jurídicas travadas com o Estado e à efetivação das garantias

processuais consagradas pela Constituição, naquelas demandas em que a Fazenda Pública atue como sujeito processual.

Diante desse cenário, pretende-se, com o presente trabalho, identificar as causas do grave problema para a efetividade do processo representado pela presença do Poder Público enquanto parte do processo, buscando estabelecer que caminhos podem ser seguidos pelo movimento de reforma processual hoje em voga na tentativa de sua resolução, dentro da nova técnica processual orientada pelos valores do acesso à justiça e da efetividade do processo.

Para bem munir os agentes reformadores brasileiros da inspiração e experiência necessária para dar início a um movimento de reforma pleno no que tange ao tratamento normativo processual dado aos litígios envolvendo o Poder Público, é de fundamental importância analisar, ainda que em linhas gerais, o tratamento que esse fenômeno processual específico recebe nos ordenamentos jurídicos estrangeiros chamados de primeira linha (europeus), dando atenção especial às reformas promovidas, nos últimos anos, em alguns deles (Portugal e Espanha). A análise comparativa empreendida tem por finalidade identificar as linhas fundamentais que têm orientado o tratamento do fenômeno processual em tela, assim como os principais avanços alcançados pelas reformas processuais operadas em alguns dos ordenamentos alienígenas analisados.

CAPÍTULO PRIMEIRO – A FAZENDA PÚBLICA

1.1. O conceito de Fazenda Pública

Em caráter preliminar ao enfrentamento do tema que ora é proposto como objeto do presente trabalho, configura-se como necessário fixar alguns conceitos e premissas básicos (extraídos, basicamente, da seara do Direito Público), que serão empregados ao longo de toda esta empreitada.

Como primeiro passo, parece salutar que sejam devidamente delimitados o conteúdo e a extensão do termo Fazenda Pública, ao qual, durante toda essa dissertação, será feita referência.

1.1.1. A estrutura estatal brasileira

A organização da Administração Pública no Estado Brasileiro encontra seu delineamento na CRFB (artigos 37 e 173) e é regulada, basicamente, pelo Decreto-lei nº 200/67, do qual se extraem os conceitos de Administração Pública Direta e Indireta.

Por Administração Direta compreende-se “o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado.”² Já a Administração Indireta compreende “o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.”³ Enquanto Administração Direta é composta por órgãos internos dos respectivos entes federativos (União, Estados, Municípios e DF), sendo estes a própria pessoa

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 340.

³ Ibid., p. 344.

administrativa atuante, a Administração Indireta é formada por pessoas jurídicas autônomas, com personalidade jurídica própria e que, segundo o artigo 4º, II do Decreto-lei 200/67, podem ser de quatro categorias diferentes: a) autarquias; b) fundações públicas,⁴ c) sociedades de economia mista, e d) empresas públicas.

As autarquias são criadas para o desempenho de funções típicas de Estado, despidas de caráter econômico e de forma descentralizada, possuindo natureza de direito público, análoga a do respectivo ente federativo que a criou.

No que se refere às fundações públicas, vale registrar a existência, ainda hoje, de posições divergentes acerca da natureza jurídica de tais entidades, instituídas pelo Poder Público para a o desenvolvimento de atividades e serviços públicos de caráter exclusivamente social, tais como educação, cultura, desporto e pesquisa.⁵ Não sendo o presente estudo a seara própria para tratar da calorosa discussão travada pelos administrativistas, vale para os fins aqui colimados ter em mente a idéia da doutrina dominante⁶ de que hoje são concebidas duas espécies de fundações públicas: as fundações públicas de direito privado e as de direito público, estas entendidas como espécies do gênero autarquias.⁷

Por fim as sociedades de economia mista e as empresas públicas, são entidades dotadas de personalidade jurídica própria de direito privado. Delas se vale o Estado para o desempenho direto de algumas atividades econômicas de interesse público, sem as amarras burocráticas próprias das pessoas jurídicas de direito público.

⁴ Espécie inserida no âmbito da Administração Indireta através da Lei nº 7.596, de 10.04.1987.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 347.

⁶ Fazem parte desta corrente de pensamento: Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini e Miguel Reali. *Apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., nota 2, p. 387.

⁷ A jurisprudência pátria já se firmou no sentido de emprestar natureza de direito público àquelas fundações criadas e regidas por lei específica para a consecução de finalidades próprias do Estado. A estas fundações tem se emprestado a mesma natureza das entidades autárquicas, sendo elas, inclusive, comumente designadas como fundações autárquicas. Nesse sentido, Recurso Extraordinário nº 215.741-SE. Rel. Min. Maurício Corrêa, 30 de março de 1999. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

Busca-se com o esboço da configuração estatal desenhado nessas breves linhas exatamente confrontá-lo com o estudo em foco, com vistas a identificar o correto conceito e abrangência que o termo Fazenda Pública deve contemplar.

1.1.2. A origem do termo Fazenda Pública

O vocábulo *fazenda* identifica-se, tradicionalmente, com a faceta econômica estatal responsável pela gestão das finanças públicas, assim como pela fixação e execução de políticas econômicas.⁸ Seu uso mais difundido entre a população em geral refere-se, assim, às finanças do Estado, não sendo casual a utilização do vocábulo para designar as pastas que, nos âmbitos federal, estadual e municipal cuidam do numerário estatal.⁹

Contudo, pela força da tradição forense, o termo Fazenda Pública, embora melhor se amolde à feição financeira estatal, consolidou-se como designativo da atuação do Poder Público em juízo.

Nesse diapasão, o festejado Hely Lopes Meirelles leciona que:

A Administração Pública quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.¹⁰

Embora tecnicamente a locução Fazenda Pública devesse indicar tão somente o Estado em juízo em seu aspecto econômico-financeiro, tem-se denominado dessa forma, tradicionalmente, a Administração Pública personificada por qualquer das suas entidades de

⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 15.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1987, vol. 1. p. 180.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., nota 5, p. 695-696.

direito público, sejam elas integrantes da administração direta (União, Estado, Município e DF) ou indiretas (autarquias e fundações autárquicas), sendo irrelevante o tipo de demanda em que tais entidades estejam envolvidas. Em sentido lato, a definição de Fazenda Pública passa a significar, destarte, o Estado enquanto sujeito de uma relação processual.¹¹

Certo, portanto, que a tradição jurídica brasileira consagrou a designação Fazenda Pública com o sentido de definir a atuação do Poder Público em juízo, independentemente do caráter financeiro da demanda. Em razão disso, não raramente, na praxe do foro, ao invés de se referir ao ente público parte de determinada demanda utiliza-se genericamente essa denominação, como se sinônimas fossem.

Vale, contudo, asseverar que a expressão Fazenda Pública com a conotação que ora é dada tem abrangência restrita às entidades que possuem natureza jurídica de direito público não estando, destarte, incluídas nesse contexto as empresas públicas e as sociedades de economia mista, uma vez que, conquanto integrantes da Administração Indireta, não gozam de personalidade jurídica de direito público (art. 173, §1º, II, da CRFB e art. 5º, II e III, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967).

De fato, quando se observa que o aparelho estatal compreende um sem-número de entidades personalizadas distintas em sua natureza e finalidade não se pode por certo admitir que estejam elas sujeitas a um mesmo regime jurídico, aqui mais especificamente o regime jurídico de direito público.

Decerto, apenas as pessoas jurídicas estatais que estejam inseridas dentro do conceito de Fazenda Pública estarão sujeitas ao modelo de direito público; as demais, ainda que

¹¹ Em abono à assertiva, Hélio do Valle Pereira assevera que: “A expressão Fazenda Pública é normalmente evocada como representativa da feição patrimonial das pessoas jurídicas de direito público interno, tanto mais quando observadas sob sua ação judicial: são a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios. Somam-se as respectivas autarquias, que, mesmo componentes da Administração indireta, conservam a natureza do ente formador, em que pese haver distinções diretiva e patrimonial - além das fundações públicas que a elas se equiparam.” PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 5.

guardem certos caracteres que as aproximam de tal sistema ou as tornem entidades de regime heterogêneo, não estarão aptas a gozarem do regime publicista.

Assim é que o regime jurídico de direito público só empresta suas prerrogativas e regras próprias àquelas entidades detentoras de finalidades e natureza jurídica tipicamente públicas, tais quais são os entes federativos políticos (União, estados, municípios e DF) e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (fundações autárquicas). Caso o Poder Público pretenda agir sob o estrito regime publicístico deve optar pela adoção de uma dessas formas para o desempenho de suas funções.

Todavia, optando o poder estatal pela intervenção direta na ordem econômica na qualidade de empresário, ainda que como prestador de serviços públicos, não pode ele pretender se valer da sistemática publicista, que lhe parecendo privilegiada poderá fazer nascer um desequilíbrio de forças com os demais agentes econômicos regidos tão somente pelo direito comum privado.

E nesse tom o artigo 173, § 1º, II, da CRFB determina expressamente que as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) estejam sujeitas ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.¹²

Conclui-se, com isso, que o conceito de Fazenda Pública engloba a União, Estados, Municípios e DF, assim como suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Estão excluídos do conceito, conquanto integrantes da estrutura administrativa estatal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas de natureza privada.

¹² Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), há de se fazer, todavia, ressalva quanto às empresas estatais que prestam serviços públicos em regime de monopólio, como se afigura o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Nestes casos não incide a regra contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Recurso Extraordinário nº 220.906-DF. Rel. Min. Maurício Corrêa, 16 de novembro de 2000. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

1.1.3. A terminologia processual

O conceito em tela é transplantado na íntegra para a seara do direito processual, onde o conteúdo do termo Fazenda Pública traduz a personificação do Estado em juízo, através dos próprios entes federativos ou de suas respectivas entidades autônomas integrantes da Administração Indireta, desde que detentoras de personalidade jurídica de direito público.

Nota-se que a legislação processual, seguindo essa linha, utiliza-se do termo Fazenda Pública com a intenção de referir-se não só aos entes federados (União, Estados, Municípios e DF) mas também às suas respectivas entidades descentralizadas de direito público (autarquias e fundações públicas). Como exemplo do que se afirma podem ser citados, os arts. 20, §4º, 27, 188, 277, 475, II, 988, IX, 999, 1.002 e 1.007, todos do CPC.

Em outras passagens, porém, a legislação processual optou por padrão terminológico diverso,¹³ ao enumerar, uma a uma, as entidades alcançadas por determinados dispositivos, a exemplo do que ocorre com os arts. 475, I, 511, §1º, e 943, todos também do CPC.

Por fim, de conteúdo claramente restritivo, o art. 1.143 do CPC é o único que não contempla em sua hipótese todos os entes dotados de personalidade jurídica de direito público. Ao deixar de mencionar expressamente os municípios e as entidades da administração indireta de quaisquer dos três entes federativos deixa claro que dita regra processual a eles não se aplica.

Feita esta explanação terminológica introdutória, vale informar que os termos Fazenda Pública e Poder Público serão doravante, durante toda esta dissertação, empregados como sinônimos, registrando-se que caso haja a necessidade de tecer comentários específicos a

¹³ A diferença de padrão parece desnecessária e inapropriada, posto que, diferentemente do que ocorre na hipótese do art. 1.143 do CPC, a enumeração não tem o caráter de eliminação de quaisquer dos entes incluídos no conceito de Fazenda Pública.

respeito das demais entidades estatais que não se enquadram no conceito formulado neste item (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado) a elas se fará menção nominada e expressa.

1.2. O regime jurídico de direito público

Em continuação ao exercício analítico preliminar realizado no item anterior, parece igualmente relevante, aos fins pretendidos por este trabalho, abordar, ainda que perfunctoriamente, algumas questões inerentes ao regime jurídico próprio aplicável às pessoas jurídicas compreendidas no conceito de Fazenda Pública.

Quando se fala em regime jurídico quer se referir ao sistema de normas e princípios que regem uma relação jurídica em específico. Nessa linha o regime jurídico de direito público (ou de direito administrativo) corresponde ao conjunto de normas que disciplinam as relações travadas entre particulares e o Estado.

Trata-se de regime próprio e independente, diverso daquele que acolhe as relações eminentemente de direito privado, o qual é aplicado apenas em caráter subsidiário, na ausência de norma própria afeta ao regime de direito público.¹⁴

O regime de direito público é observado nas relações jurídicas que contam com a Fazenda Pública em um de seus pólos, numa situação em que a mesma atua em condição de superioridade com relação ao particular que com ela se relaciona.

Ele encontra seu fundamento dogmático em, basicamente, dois princípios: o da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular.¹⁵

¹⁴ Regina Helena Costa define o regime jurídico de direito público como sendo “um conjunto normativo que disciplina relações jurídicas diversas daquelas disciplinadas pelo direito privado, que é, por sua vez um conjunto normativo próprio...é aquele regime jurídico que outorga prerrogativas à Administração, ao mesmo tempo em que lhe impõe sujeições ou limitações.” COSTA, Regina Helena. **As prerrogativas e o interesse da Justiça**. In: SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (org.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 79-81.

O princípio da legalidade tem como destinatário da norma o próprio poder público e quer indicar que o Estado, em quaisquer de suas de suas funções (legislar, julgar ou administrar), sobretudo em regimes democráticos de direito, tem sua atuação limitada e ditada pelas normas jurídicas vigentes. Ele constitui a diretriz básica de conduta dos agentes estatais e determina que toda e qualquer ação por eles desempenhada esteja lastreada no sistema jurídico vigente, sob pena de ilicitude da conduta. O Estado deve, destarte, prezar ao máximo pela correta aplicação da lei e do Direito em toda a sua atuação.¹⁶

Neste ponto, entende-se como necessário um adendo: não há impropriedade técnica na utilização do termo *princípio da legalidade*, uma vez que já cristalizado na cultura jurídica por obra da doutrina e da jurisprudência. Todavia, mais apropriado, indubitavelmente, seria falar-se em *princípio da juridicidade*, posto que se trata de expressão mais abrangente que a primeira. A lei é algo bem mais restrito que o direito ou sistema jurídico, representando, apenas uma das formas de sua expressão. O Direito, enquanto sistema, é formado por inúmeros elementos dentre os quais a norma escrita (lei) representa apenas uma faceta.

Além disso, numa estrutura normativa hierarquizada, onde as leis, estrito senso, se posicionam abaixo da Constituição, a expressão *legalidade*, a rigor, se refere apenas ao campo restrito da observância das normas infraconstitucionais, não contemplando, portanto, a disciplina jurídica positivada na Lei Maior.

¹⁵ Por óbvio que a gama de princípios abrangidos pelo regime jurídico de direito público é muito mais extensa, estando nele contemplados não só aqueles constantes do art. 37 da CRFB, mas também vários outros consagrados pela doutrina administrativista. Carlos Ari Sundfeld, por exemplo, cita como nota própria do regime jurídico de direito público oito princípios que, em conjunto, lhe dão específica feição: autoridade pública; submissão do Estado à ordem jurídica, função, igualdade dos particulares perante o Estado, devido processo, publicidade, responsabilidade objetiva e igualdade das pessoas políticas. SUNDVELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 145 e ss.

¹⁶ Nesse sentido, o art. 2º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, determina que: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito.”

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, por seu turno, significa que o Estado, em toda a sua atuação deve sempre ter por objetivo precípua e único a realização do interesse público.¹⁷ E por tal razão o regime jurídico de direito público estabelece um nítido desequilíbrio nas relações jurídicas que se dão entre os particulares e o Estado, pondo este último em verdadeira posição de supremacia com relação ao primeiro, situação que não ocorre nas relações regidas pelo direito privado.

Com a precisão que lhe é peculiar, José dos Santos Carvalho Filho, a respeito do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado explica que:

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o Welfare State (Estado/bem estar), dedicado a atender o interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.¹⁸

Com base nesses primados, o regime jurídico de direito público impõe um desequilíbrio necessário nas relações travadas entre o particular e o Estado, em contraponto às relações de direito privado onde os valores equilíbrio e igualdade geralmente são constantes. Nas relações de direito público as partes não são tratadas de maneira isonômica, havendo, via de regra, considerável vantagens em favor do Estado.

Esta posição de vantagem ocupada pela Fazenda Pública desde o nascimento da relação jurídica deve-se, principalmente, ao fato de ela ser representante e responsável pela tutela dos interesses da coletividade, tidos como mais significantes e importantes, via de regra, que o mero interesse particular.

¹⁷ COSTA, Regina Helena. Op. cit., nota 14, p. 80.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., nota 2, p. 18-19.

Em razão desta desigualdade própria da relação entre o público e o privado o regime jurídico de direito público busca conferir à Administração determinadas prerrogativas, lhe impondo, em contrapartida, algumas sujeições.

As prerrogativas equivalem a poderes ou vantagens conferidas à Fazenda Pública, com exclusão do particular, para que ela, em razão de certas peculiaridades inerentes à determinada relação jurídica possa melhor tutelar o interesse público.

Já as sujeições colocam-se em sentido oposto como sendo limitações à conduta estatal, voltadas a assegurar o exercício, sem embaraços, de determinados direitos pelos particulares.

Nada obstante ainda válida a idéia tradicional lançada acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, é preciso ter em mente que, principalmente com a consolidação, na maioria dos países do ocidente, dos valores garantísticos atinentes ao Estado Democrático, o enfoque dado ao tema alterou-se substancialmente.

É que os novos paradigmas ditados pela ordem constitucional democrática impõem que o princípio em tela não seja mais disposto de cima para baixo, como um simples princípio jurídico de supremacia do Estado em face dos particulares. Ao contrário, deve o mesmo ser observado na mão inversa, entendendo-o como um princípio-instrumento que objetiva, em última instância, a proteção e implementação dos direitos e garantias dos particulares consagradas pela ordem jurídica constitucional.¹⁹ Rompe-se, assim, com a idéia tradicional de onipresença de um desencontro de interesses entre Estado e o particular, assumindo-se, a partir desta perspectiva, a possibilidade de o interesse público ser justamente atingido através da satisfação de determinado interesse particular, conforme será visto, mais detalhadamente, no tópico a seguir.

¹⁹ LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 126.

1.3. O Estado e o interesse público

Uma das utopias do direito e da ciência jurídica consiste em buscar, na sua linguagem e interpretação, um entendimento unívoco sobre as expressões escritas que concretizam as normas jurídicas. A precisão do conteúdo e intenção da linguagem jurídica, assim como a busca pela máxima simplicidade na expressão escrita do direito, representam um dos grandes desafios do direito nestes tempos em que a noção de acesso e democratização permeiam a sociedade.

A propósito da questão Mauro Cappelletti, em sua célebre obra, formula a seguinte crítica:

Nosso direito é freqüentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns.²⁰

Nada obstante a pertinência e relevância da crítica, fato é que nem sempre a extração hermenêutica das disposições normativas é uníssona, conquanto sejam as mesmas, muitas das vezes, postas em tom plenamente objetivo e esclarecedor, fato que revela que a palavra, por mais bem empregada que seja, pode ser um veículo de comunicação ruim.

Não bastasse essa falha, há hipóteses ainda piores em que a compreensão do direito envolve especial agravante, quando, por exemplo, se vê o legislador compelido a legislar sobre situações de complexidade e extensão de difícil compreensão e de alta vulnerabilidade temporal em razões de valores sócio-econômicos envolvidos em dada situação.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 156.

Nesses casos, recorre o Estado à técnica legislativa de criação de fórmulas genéricas, que não prezam pela precisão; formulam-se, para tal, conceitos totalmente abertos, sujeitos à transformação de compreensão de acordo com as variáveis do caso concreto.

Conforme explica, com a maestria habitual, José Carlos Barbosa Moreira

Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.²¹

A técnica legislativa de formulação de conceitos jurídicos indeterminados pretende, assim, que situações altamente complexas e de inimagináveis variantes e soluções mereçam a interpretação normativo-valorativa apropriada à situação concreta, uma vez que ao legislador se afigura excessivamente difícil (ou, até mesmo, impossível) fazê-lo, de forma apriorística. A multiplicidades de conteúdo valorativo que determinado conceito jurídico pode, eventualmente, encerrar, face às peculiaridades de determinadas situações concretas, aumenta enormemente o risco de o legislador incorrer em impropriedades quando da construção de normas legais taxativas e completas. Some-se a esse fator a feroz e implacável ação do tempo, que, nos dias atuais, cada vez mais precocemente condena as normas legais ao fenômeno da desatualização.

O interesse público é um desses conceitos juridicamente indeterminados²² e, diga-se, um dos mais polissêmicos. Existe a seu respeito forte dose de indeterminação e sua fluidez proporciona a sua utilização para diversos e muitas vezes antagônicos fins.

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. In **Temas de direito processual, segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64.

²² Com o advento do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002) tem-se destacado doutrinariamente a distinção entre princípios gerais do direito, conceito jurídico indeterminado e cláusulas gerais. Segundo ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery os princípios gerais do direito, previstos explícita ou implicitamente pelo ordenamento jurídico, orientam o juiz na aplicação da lei. Já os conceitos jurídicos indeterminados existem em normas que empregam conceitos vagos, mas, mesmo dependendo de maior exercício para revelação, a solução já encontra-se estabelecida pela própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma sem qualquer função criadora. Já as cláusulas gerais são fórmulas legais de caráter

E como tal torna-se tarefa das mais árduas propor uma definição precisa sobre a extensão e conteúdo do interesse público, até porque se possível isto fosse bastaria ao legislador revelar previamente o seu significado no texto legal espancando toda e qualquer dúvida acerca de sua compreensão.

Conquanto revele-se impraticável a definição precisa e objetiva do que vem a ser o interesse público, é possível, *a contrariu sensu*, defini-lo por exclusão, afastando-se da sua abrangência tudo aquilo que, a toda evidência, com ele não se identifique.

Para tal, é necessário, inicialmente, espancar a idéia equivocada de que o interesse público se confunde com o mero interesse do Estado assim considerado como um ente jurídico dotado de personalidade, patrimônio e desígnios próprios. É bem verdade que o Estado, muito embora sob o aspecto jurídico-dogmático seja concebido como uma pessoa jurídica, não pode ser tratado de forma equiparada a um mero agrupamento de pessoas.²³ O Estado enquanto ente complexo que é, pode ser abordado sob diversos aspectos que não só o jurídico, dentre os quais se destacam o político e o social.

A admissão do Estado como um ente jurídico, a exemplo de tantos outros, revela-se como uma construção jurídica voltada a facilitar a aplicação de variados institutos de direito que reclamam a existência da personalidade jurídica. Como bem lembra Dalmo de Abreu Dallari essa exigência se impõe porque “só as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, podem ser titulares de direitos e deveres jurídicos, e assim, para que o Estado tenha direitos e obrigações, deve ser reconhecido como pessoa jurídica.”²⁴

significativamente mais genérico e abstrato, particularizam-se por dar ao juiz a oportunidade de criar a solução. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 4-5.

²³ Conforme lembra Dalmo de Abreu Dallari “a origem e concepção do Estado como pessoa jurídica pode ser atribuída aos contratualistas, através da idéia de coletividade ou povo como unidade, dotada de interesses diversos dos de cada um de seus componentes, bem como de uma vontade própria, também diversa das vontades de seus membros isoladamente considerados.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 103.

²⁴ *Ibid.*, p 107.

Nesse diapasão, não se pode perder de mira que o Estado antes de ser um fenômeno jurídico tem sua realidade sociológica que possui inegavelmente dimensão mais relevante. Justamente por isso que não se deve venerar a figura jurídica estatal por si própria despida de toda e qualquer finalidade voltada ao atendimento dos valores sociais e coletivos que formam o seu substrato. Como bem acentua Carmem Lúcia Antunes Rocha

O Estado é um corpo vivo, mas que respeita, para dar-se a vida política melhor do seu povo. Não vive para si. Cuida de administrar o que não é da sua propriedade, mas o que é coisa do homem que o compõe. Monta-se e remonta-se ao homem, àquele que constitui o seu fim e a sua única justificativa.²⁵

O conceito de interesse público não se constrói, assim, a partir da identidade do seu titular,²⁶ posto que se assim o fosse interesse público e interesse estatal teriam conteúdo semântico idênticos e a celeuma sobre o seu conteúdo seria bem menos intensa, já que bastaria identificar-se os interesses próprios da pessoa jurídica estatal para composição do conceito jurídico indeterminado.

Para corroborar e aclarar esta assertiva, interessante se faz recorrer à distinção que usualmente se faz na doutrina publicista sobre interesse público primário e interesse público secundário, difundida por Renato Alessi, com base nas lições de Francesco Carnelutti e Nicola Picardi.²⁷ O primeiro deles (primário) seria o autêntico interesse público, intimamente ligado aos valores políticos superiores previstos na Constituição e que se suplanta à visão interna e egocêntrica do Poder Público. O segundo, por outro lado, vincula-se à perspectiva singularizada do Estado, enquanto ente com personalidade e patrimônio próprios. Assim, o

²⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Democracia, Constituição e Administração Pública**. In Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, p. 60-67, 1999. p. 61.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo**. In Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999. p. 117.

²⁷ ALESSI, Renato *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 64.

interesse público não se confunde com o interesse do Estado (ou da Fazenda Pública); o Estado não é, assim, titular do interesse publico e sim seu mero guardião.²⁸

Ainda na tentativa de delimitar o conceito em tela, é preciso ter claro que o interesse público não representa simplesmente o interesse da maioria. O Estado democrático antes de simbolizar uma mera prevalência algébrica de determinado grupo dominante quantitativamente, o que poderia levar à opressão dos grupos minoritários, representa uma organização voltada à preservação de valores que têm dignidade e respeitabilidade perene, capazes de resguardar os interesses de todos os seus integrantes, ainda que pertencentes a segmento de menor expressão numérica em determinado momento histórico.

Sendo assim, o regime democrático não tem por mote “o primado do todo sobre a vontade particular, mas apenas da vontade geral e legítima em relação àquela que se revelar claramente conspiratória contra o interesse comum”.²⁹ A democracia, portanto, deve preocupar-se antes com padrões qualitativos que quantitativos para o alcance da finalidade comum atinente à plena satisfação dos preceitos constitucionais garantísticos.³⁰

Ademais, o interesse público também não se concretiza necessariamente na letra da lei. Mais do que na lei, o interesse público deve ser extraído de todo o complexo de direito do Estado Democrático, devidamente orientado pelos valores e garantias constitucionais que lhe servem de alicerce. Assim, o interesse público há sempre que se revelar de uma análise crítica e contemporânea dos valores sócio-jurídicos contemplados pela ordem jurídica como um todo, tendo como eixo central a Carta Magna, devendo ser evitado que a sua persecução

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 117.

²⁹ FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 54.

³⁰ Em conclusão ao tema, Hélio do Valle Pereira bem ensina que “o interesse público é a soma impessoal dos interesses de todos os componentes do grupo social. Não se trata de mera adição algébrica dos ‘interesses individuais’, pois sob este ângulo, há colisão e recíproca anulação. Cuida-se de perspectiva idealística, em que a pessoa é enfocada em face de sua inserção no contexto coletivo, jamais em consideração aos seus circunstanciais e isolados predicados.” PEREIRA. Op. cit., nota 11, p. 41.

ocorra por meio de leituras pontuais e isoladas de dispositivos legais, que, em muitos casos, revelam o desatendimento dos anseios da coletividade.

Por derradeiro, apresenta-se como igualmente equivocada a adoção de perspectiva conceitual em que prevaleça verdadeira antonímia entre interesse público e interesse individual. Os interesses público e privado não são, necessariamente, em todos os casos, antagônicos nem, tampouco, podem ser tidos como compartimentos estanques e desvinculados. Eles, muitas das vezes, estão entrelaçados entre si, de forma que o atendimento de um se impõe como condição necessária para a satisfação do outro.

Isso ocorre, sobretudo, nas hipóteses em que o interesse particular encontra-se juridicamente amparado. Como bem acentua Adilson Abreu Dallari

O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.³¹

Não existe interesse público a margem do direito, não sendo relevante para afastar a norma jurídica, nem mesmo valer-se de critérios quantitativos subjetivos, tal qual o que revela que quanto maior o número de pessoas atingidas mais perto se estaria do interesse público.³² Ao contrário disso, deve o Estado em sua atuação buscar meios de melhor atender aos particulares como ponte necessária ao atendimento de suas finalidade principal, qual seja a realização do bem comum, materializado através dos direitos e garantias outorgados ao cidadão pela ordem jurídica democrática.³³

³¹ DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem na concessão de serviço público**. In Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, p. 5-10, São Paulo, 1996. p. 9.

³² Este silogismo tem aplicação no direito processual com o instituto da suspensão de segurança, previsto no art. 4º da Lei 4.348/64, no art. 4º da Lei 8.437/92 e no art. 12, §1º, da Lei 7.347/85.

³³ Exemplo disso é o art. 1º da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, que estabelece o dever de a Administração ter como finalidade a ser buscada com a sua atuação a “proteção dos direitos dos administrados”.

Passagem interessante sobre o tema se encontra no artigo 266, inciso I, da Constituição Portuguesa, que prevê que “a Administração Pública visa à prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.” Do dispositivo em tela a doutrina portuguesa extrai o denominado princípio da “prossecução do interesse público”,³⁴ a sinalizar que a Administração Pública atua, move-se e funciona para proteger e executar o interesse público, que é seu fim.

De tudo o que foi dito neste tópico é possível concluir que no atual estágio histórico da evolução da teoria do Estado, a dimensão democrática do interesse público deve pautar-se em padrões essencialmente éticos sensíveis às necessidades sociais e ao resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo atendimento está visceralmente ligado à satisfação dos direitos outorgado pela ordem jurídica constitucional. Diante deste novo paradigma personalístico, a feição patrimonialista do interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica, deve ser concebida dentro de uma perspectiva essencialmente acessória e instrumental, abrindo-se campo cada vez mais vasto para o implemento daquilo que representa a sua função principal: a satisfação dos valores fundamentais constitucionalmente consagrados.

1.4. O controle de juridicidade dos atos praticados pelo Poder Público

1.4.1. O Estado e suas funções

Como já foi mencionado, diversos são os sentidos que podem ser dados ao termo Estado, sendo certo que dependendo do enfoque adotado - social, político ou jurídico - chegar-se-á a uma gama variada de definições acerca do mesmo fenômeno.

³⁴ LEMES, Selma. Op. cit., nota 19, p. 127.

O campo específico para todos os fatores que envolvem o estudo mais aprofundado sobre o fenômeno estatal é o da Teoria Geral do Estado e deve lá, por isso, se desenvolver em seus pormenores. O que interessa, por ora, aos fins do presente estudo é o ponto indiscutível de que o Estado é um ente personalizado, dotado de finalidade, patrimônio e capacidade próprias para se relacionar juridicamente com outras pessoas (naturais ou jurídicas), assumindo, assim, deveres e adquirindo direitos na ordem jurídica nacional e internacional.

Interessa, também, extrair da Teoria Geral do Estado a idéia de poder estatal, decorrente do conceito de soberania interna e externa. Como sabido, o poder estatal é essencialmente unitário, conquanto nada impeça a sua cisão para fins de distribuir as suas frações a determinados órgãos que cumprem ações distintas, coordenadas aos fins comuns buscados por todo o sistema: a tutela do interesse público e do bem comum.

O poder estatal, assim, manifesta-se pelo exercício de variadas funções, classificadas por suas características preponderantes. A mais conhecida e importante das classificações formuladas, foi concebida por Montesquieu³⁵ e propunha a divisão das atividades estatais basicamente em três ordens: legislativa, administrativa e jurisdicional.³⁶

³⁵ A clássica teoria de Montesquieu é disposta na célebre obra *L'Esprit des lois* (Do espírito das leis), publicada, originariamente, em 1748.

³⁶ É bom registrar que a doutrina da separação de poderes formulada por Montesquieu já não encontra espaço para, nos tempos atuais, ser aplicada de forma rigorosa. Conforme bem observa Odete Medauar, “hoje, embora na maioria dos ordenamentos se mantenha o princípio da separação dos poderes, a fórmula originária não se ajusta totalmente à realidade político-constitucional dos Estados. Alguns dados demonstram isso. Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justifica a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do executivo em todos os países na atualidade; o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, caso das medidas provisórias. Além do mais, verifica-se neste fim de século realidade dotada de maior complexidade em relação à época de Montesquieu; muitas instituições são dificilmente enquadráveis em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.” MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.

O desempenho de cada uma destas atividades caracteriza as respectivas funções do Estado; fala-se, assim em função legislativa, administrativa e jurisdicional, sendo comum e consagrado, no entanto, o emprego da expressão Poderes do Estado ao invés de funções.³⁷

A divisão das funções estatais tem como pressuposto a extensão e complexidade das atividades estatais que leva paulatinamente à especialização dos diversos setores e agentes do Estado em determinada espécie de função.

A divisão de funções atende, ainda, a uma necessidade de salvaguarda da legalidade, representando mecanismo imprescindível à consolidação do Estado de Direito. Segundo Montesquieu, “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, um poder freie o outro.”³⁸ Trata-se do que a doutrina constitucionalistas chama de *sistemas de freios e contrapesos* (*checks and balances system*) e que consiste na idéia de vigilância recíproca de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres impostos pela ordem jurídica.

1.4.2. A divisão de poderes no Brasil

A divisão de poderes no Estado brasileiro figura de forma expressa na CRFB, em seu artigo 2º, nos seguintes termos:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O exercício das funções estatais é, assim, distribuído pelos órgãos denominados Legislativo, Executivo e Judiciário. É de se notar, porém, que cada um desses órgãos não

³⁷ Embora tecnicamente não exista uma divisão de poderes, tendo em vista a natureza unitária do poder estatal, a terminologia é tradicional e cristalizada pelo direito, sendo a que inclusive prevalece nos textos legais e na Constituição Federal (art. 2º).

³⁸ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 148-149.

exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante.³⁹

A função legislativa liga-se ao fenômeno de formação do Direito, enquanto as duas outras funções (executiva e judiciária) atinam à sua fase de realização.

Miguel Seabra Fagundes explica que

Pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou em termos mais precisos, estabelece normas gerais abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva. O seu exercício constitui, cronologicamente, a primeira manifestação de vitalidade do organismo político estatal.⁴⁰

Se o conceito de função legiferante decorre, sem muita dificuldade, do contraste entre fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não se pode dizer com relação às funções administrativas e jurisdicional. Sempre constituiu, na verdade, um delicado problema doutrinário fixar para cada uma destas atividades um conceito específico, pois que ambas, se prendendo à fase de realização do direito, identificam-se como funções de execução.

A função administrativa caracteriza-se como aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação e pratica os atos materiais, abstratamente previstos na lei. Isso se dá por meio de um trabalho de individualização, por meio do qual ela se torna praticamente efetiva, alcançando às diversas situações particulares compreendidas na generalidade de seu enunciado.

³⁹ Como atividades atípicas dos respectivos Poderes podem ser citadas: a) o Poder Legislativo exerce atividade jurisdicional nas hipóteses de julgamento, pelo Senado, do Presidente da República ou dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (arts. 52, I e II da CRFB) e exerce função administrativa quando organiza os seus serviços internos (arts. 51, IV e 52, XIII, da CRFB); b) o Poder Judiciário pratica atos tipicamente normativos, como a elaboração dos regimentos internos dos tribunais (art. 96, I, “a”, da CRFB) e função administrativa no que se refere à organização de seus serviços (art. 96, I, a b e c; art. 96, II, a, b etc da CRFB); c) o Poder Executivo exerce função normativa quando do exercício de seu poder regulamentar (art. 84, IV, CRFB).

⁴⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3-13.

A função jurisdicional, como exercício de individualização da lei, em princípio se assemelha à função administrativa, na medida em que determina ou define situações jurídicas individuais. Todavia, o exercício da função jurisdicional está condicionado à existência de conflito a respeito da aplicação de determinada norma de direito e tem por objetivo específico removê-lo, fixando de forma definitiva sua exegese.⁴¹

1.4.3. Fundamento e objetivo do controle dos atos estatais

O conceito institucional de Estado evoluiu além da idéia de repartição e coexistência harmônica entre as funções estatais, culminando no surgimento do denominado Estado de Direito, conceito que se baseia na idéia de que o Estado, ao mesmo tempo que é responsável por criar o direito a ele deve submissão em sua atuação. A fórmula do *rule of law* se revelou de tal importância que, hodiernamente, não se concebe a existência de qualquer sistema jurídico de base democrática que não o consagre como verdadeiro postulado fundamental, a repelir a figura de um poder estatal absolutista e irresponsável por seus atos.

O Estado, nessa linha, não se encontra acima da lei; pelo contrário a ela se submete como o mais humilde dos habitantes de seu território.⁴² Mais do que isso, é o Estado o maior interessado na manutenção da ordem e no respeito às regras jurídicas que ele próprio produz, preponderantemente, por meio de sua atividade legiferante.

O controle da Administração tem dois pilares de sustentação: *o princípio da legalidade e o princípio das políticas administrativas*.⁴³

⁴¹ Miguel Seabra Fagundes, indica três elementos específicos que distinguem a atividade jurisdicional da atividade administrativa: “1) como *momento* de seu exercício – uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito; 2) como *modo* de alcançar a sua finalidade – a interpretação definitiva do direito controverso; 3) como *finalidade* do seu exercício – o trancamento da situação contenciosa, consequência necessária da interpretação fixada.” Ibid.

⁴² SOUTO, João Carlos. **A União Federal em juízo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 239.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., nota 2, p. 708-709.

O primeiro deles e mais importante, parte do pressuposto lógico de que toda a ação é orientada e se submete à lei (*rectius*, ao Direito) e de que os agentes estatais não têm a vontade livre para agir da forma que melhor lhes convier.

O segundo dos princípios (políticas administrativas) revela o poder do qual dispõe a Administração de estabelecer suas diretrizes, metas, prioridades e planejamento para que a atividade administrativa seja desempenhada da forma mais eficiente e rápida possível.

Em ambas as vertentes o alvo único da atividade administrativa deve ser sempre o interesse público. E é este mesmo interesse que exige o controle dos atos da administração tanto em sede de legalidade quanto no que diz respeito aos objetivos a serem alcançados através da função de gestão dos negócios da coletividade.

A finalidade do controle é, portanto, garantir que o Poder Público atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico e que tenha sempre por mote o atendimento do interesse público.⁴⁴ É através dele que os cidadãos e o próprio Estado podem aferir a legitimidade das condutas administrativas e essa possibilidade encerra uma verdadeira garantia para ambos.

O controle constitui, portanto, princípio fundamental da atividade estatal,⁴⁵ cuja presença é indispensável em todas as esferas, vale dizer em todos os órgãos e Poderes da República. O princípio democrático do controle nada mais corresponde que não uma espécie de prestação de contas de ações e resultado ao titulares dos interesses geridos pelo Estado, no caso a coletividade cidadã.

1.4.4. Espécies de controle

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 622.

⁴⁵ O art. 6º, V, do Decreto-lei 200/67 dá guarida à assertiva, consagrando positivamente o controle como princípio fundamental da Administração Pública.

Embora seja vasta a gama de proposta de classificação formulada pela doutrina publicista, ensejando a delimitação de várias espécies e denominações, para os fins pretendidos pelo presente trabalho, basicamente, quatro critérios identificadores distintivos apresentam-se como relevantes: o do órgão controlador (interno ou externo), o do conteúdo, o do tempo ou oportunidade e o da iniciativa para instauração do controle.

Quanto ao órgão responsável por sua realização, o controle pode ser classificado em interno ou externo, conforme seja, respectivamente, realizado pelo próprio Poder do qual o ato sob controle tenha sido emanado (autocontrole) ou por outro Poder independente (heterocontrole). Em outras palavras, no controle interno o controle do ato é exercido por órgãos de um Poder sobre condutas realizadas na esfera deste mesmo Poder; já o controle externo atua de forma a fazer valer o sistema de freios e contrapesos e possibilita que o órgão fiscalizador se situe em Poder distinto daquele que serviu de nascedouro do ato estatal. No sistema jurídico brasileiro existem duas espécies de controle externo: o controle legislativo⁴⁶ e o controle judicial.

Quanto ao conteúdo, o controle pode se dizer de legalidade ou de mérito. O primeiro, como informa a própria expressão, é aquele em que o órgão responsável pelo controle realiza o confronto do ato praticado com as normas de direito vigente com vista a verificar a sua licitude. O controle da legalidade pode ser realizada tanto interna quanto externamente e o seu resultado será a confirmação ou a invalidação de determinado ato. Por outro lado, o controle de mérito é aquele realizado sobre a verificação da conveniência e oportunidade da conduta administrativa.⁴⁷

Levando em consideração o momento em que a atividade de controle é desempenhada o mesmo pode ser classificado em prévio, concomitante ou posterior. Prévio ou *a priori* é

⁴⁶ O Poder Legislativo realiza o controle da legalidade através dos tribunais de contas (art. 71, III, da CRFB).

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., nota 2, p. 712.

aquele exercido antes da consumação da conduta, tendo, por isso, natureza preventiva. Concomitante é o controle que se processa à medida que se vai desenvolvendo a ação administrativa e possui aspectos preventivos e repressivos.⁴⁸ Por fim, controle posterior é aquele que tem por objetivo a verificação de atos já praticados, quer para o fim de confirmá-los quer para corrigi-los.

Quanto à iniciativa para instauração, o controle pode ser classificado em de ofício ou provocado. De ofício é aquele executado pela própria Administração ou por outro órgão com incumbência institucional para tal (por exemplo, tribunal de contas), não havendo a necessidade de certa pessoa (natural ou jurídica) deflagrar o controle. Já o controle provocado é deflagrado por terceiro que postula a revisão de conduta estatal que lhe pareça contrária à lei ou ao interesse público; como exemplo desta espécie de controle pode ser citada a atividade desempenhada no contencioso administrativo e principalmente, no controle externo promovido junto ao Judiciário (que, como regra, só atua na tutela de direitos por provocação - princípio da inércia da jurisdição).⁴⁹

Para o tema proposto, revelador da situação do Estado enquanto sujeito processual, interessa, em especial, traçar as características do controle externo e provocado, realizado no âmbito do Poder Judiciário. Assim, adiante serão traçadas algumas considerações sobre essa espécie de controle.

1.5. O controle jurisdicional dos atos estatais

1.5.1. Comentários preliminares

⁴⁸ É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de execução dos contratos administrativos, prevista no art. 67 da Lei 8.666/93.

⁴⁹ Também por provocação pode se dar a atuação do Tribunal de Contas da União, conforme prevê o art. 53 da sua Lei Orgânica (Lei 5.443/92).

Mesmo nos dias atuais, em que a ciência jurídica conta com esplêndido desenvolvimento conceitual e metodológico, ainda não se encontram completamente afirmados e demarcados os limites da atividade jurisdicional com relação aos demais Poderes do Estado (Legislativo e Executivo). A questão tormentosa, que até hoje se coloca nesta sede, é de se saber até que ponto o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise das ações praticadas pelos membros do Executivo e do Legislativo.⁵⁰

A tomenta tem raízes na preocupação guardada com o primado da independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CRFB), que implicitamente veda a ingerência desarrazoada de um Poder em outro.

Todavia, a mesma ordem constitucional que consagra como fundamento da República a tripartição dos Poderes é a mesma que, ainda que fiel à teoria de Montesquieu, determina que na relação entre os mesmos deva haver um controle mútuo das atividades realizadas.

É que na concepção de Estado democrático vigente atualmente, com mote ao atendimento da malha garantística que as ordens jurídicas têm reservado a seus cidadãos, não se concebe mais que o sistema de separação de poderes se traduza em óbice para que condutas praticadas por um Poder em desfavor da coletividade e em desrespeito aos direitos e garantias individuais possam ser revistas por outro como forma de restabelecer a ordem jurídica violada.

O Poder Judiciário, legitimado de forma democrática, tem por missão precípua fiscalizar a conformidade de todas as ações públicas de acordo com o Direito e a Constituição. Isso não se traduz, contudo, na assertiva de que cabe exclusivamente ao Judiciário a

⁵⁰ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 11, p. 43.

observância e fiscalização do Direito; afirma apenas que em nosso sistema “a interpretação pelo Judiciário é final e vinculante para os outros poderes.”⁵¹

No cenário estatal garantístico e pautado na preservação da ordem jurídico-constitucional, não se faz correto encarar a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário como mero aplicador mecânico do preceito legal ao caso concreto, como outrora se configurou pela aplicação rígida da teoria da tripartição dos Poderes.⁵² A esse respeito, impende registrar que o Poder Judiciário (assim como o Poder Legislativo e Executivo) também possui legitimidade democrática e, portanto, também se apresenta como titular de parcela do poder estatal. Muitos se enganam ao pensar que os membros do Poder Judiciário, por não serem escolhidos pelo instrumento democrático do voto popular (eleição), não seriam mandatários da população, em uma “vulgar confusão entre legitimidade democrática e eleição”.⁵³ Como bem explica Luiz Flávio Gomes

O Poder Constituinte (soberano) concedeu duas formas de legitimação democrática: a representativa (típica dos atos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa.⁵⁴

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 112.

⁵² Sobre o ponto, Arruda Alvim, falando sobre as conseqüências históricas da Revolução Francesa e dos ideais por ela pregados (liberdade, igualdade e fraternidade) e da conformação estrutural do Estado que tinha no Legislativo a “sede real do poder”, lembra que “durante décadas no século passado, o que constava, e a isso restringia-se a atividade do juiz, é que o magistrado era, apenas, a *boca da lei*. Desde fins do século passado, superou-se esse restrito e precário modo de entender a lei, passando a prevalecer a *vontade da lei*, que veio a habilitar o intérprete a uma ‘atualização da lei’, vocacionada a atender a problemática contemporânea à sua aplicação e não uma interpretação ancorada na vontade do legislador, quando a editou. Nos anos de 1885 e 1886, houve como uma libertação, primeiramente na Alemanha mas que se espalhou pela Europa inteira, desta camisa-de-força que amarrava o Poder Judiciário, pois, embora se permitisse a interpretação da lei, admitia-se isto apenas como a identificação da vontade do legislador. Somente mais tarde é que se quebrou esta geneticidade da vontade do legislador e passou-se a se entender que a lei, uma vez editada, ganhava autonomia. E passou-se, a partir de então, com mais liberdade, a falar-se em interpretação teleológica.” **A discricionariedade administrativa e o controle judicial**. In SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (org.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 230-232.

⁵³ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 11, p. 43.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 120.

Na mesma linha, Clèmerson Merlin Clève assenta que

A garantia de liberdade desloca-se da lei para a Constituição. O guardião da Constituição, na sociedade democrática, paradoxalmente, não será nenhum órgão constituído por mandatários eleitos, mas antes um órgão despido de legitimidade decorrente do sufrágio: o Judiciário.⁵⁵

Escareça-se que o fenômeno do controle, visto sob esta perspectiva, não empresta ao Judiciário uma superioridade hierárquica com relação aos demais Poderes; ele simplesmente é capaz de reconhecer que no que se refere à interpretação do Direito a palavra da Justiça deve prevalecer.

Por todas essas razões é que não se pode admitir a existência de óbices teóricos preestabelecidos à intervenção jurisdicional quando houver nos atos praticados pelos demais Poderes estatais máculas de injuridicidade. Em outras palavras, sem que haja ofensa à cláusula constitucional da separação dos Poderes é possível, a rigor, que o Poder Judiciário controle todos os atos praticados no âmbito dos demais Poderes, sejam eles atos tipicamente políticos, legislativos ou administrativos, sempre que configurado restar-se a violação ao sistema jurídico, seja por ação ou por omissão.

1.5.2. Fundamento e natureza do controle jurisdicional

A compreensão do controle jurisdicional dos atos estatais tem uma especial significação dentro do Estado de Direito, em que o Poder Público fica jugulado ao império da Constituição e das leis. Os atos públicos de direito interno estão, dessa forma, completamente subordinados, direta e imediatamente à lei e à Constituição, que lhes servem de fundamento de validade.

Costuma-se afirmar que o controle judicial dos atos do Poder Público é fruto do direito inglês, onde tradicionalmente sempre se repeliu a idéia de controle de atos estatais por

⁵⁵ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 55.

“tribunais” especiais não jurisdicionais (fora do âmbito do Poder Judiciário) como historicamente sempre aconteceu, por exemplo, em França, por apego radical à doutrina da tripartição dos Poderes.⁵⁶

Muito embora tenha suas origens em terras britânicas afirmam alguns autores que a federação norte-americana é a que conserva, na sua maior pureza, o sistema de jurisdição única;⁵⁷ conquanto conceba aquele sistema a existência de inúmeros tribunais administrativos (*Court of Claims* e *Court of Custom Appeals*) nada escapa ao *judicial control*, a quem cabe a decisão da controvérsia em caráter definitivo, ainda que a mesma previamente já tenha sido apreciada na esfera administrativa.⁵⁸

O modelo anglo-saxão de jurisdição *una* foi transplantado para o Brasil a partir da República, tendo sido consagrado na primeira Carta Republicana de 1891, em seu art. 60, a, que atribuía ao Judiciário poderes para processar e julgar qualquer conflito de interesses ocorrido em solo nacional, mesmo aquele envolvendo “o Governo da União ou Fazenda Nacional”. Comentando a nova Carta Constitucional Rui Barbosa chegou até a afirmar que “ante os arts. 59 e 60 da nova Carta Política, é impossível achar-se acomodação no direito brasileiro para o contencioso administrativo.”⁵⁹

Após o marco republicano, a jurisdição *una*, incorporou-se à tradição constitucional brasileira, tendo sido prevista em todas as Constituições posteriores (1934, 1937, 1946 e 1967-69).⁶⁰

⁵⁶ MEIRELLES. Hely Lopes. Op. cit., nota 5, p. 52-57.

⁵⁷ SOUTO. João Carlos . Op. cit., nota 42, p. 240-241.

⁵⁸ A Constituição Americana de 1787 (Convenção da Filadélfia) prevê, em seu art. III, seção segunda, o sistema de jurisdição *una*.

⁵⁹ *Apud* SOUTO, João Carlos . Op. cit., nota 42, p. 242.

⁶⁰ Vale mencionar que a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, ao modificar os artigos 11, 203 e 204 da Constituição de 1967-69, possibilitou a criação de um contencioso administrativo no Brasil, condicionando o ingresso em juízo ao esgotamento das vias administrativas, desde que não exigida garantia de

Na Carta Constitucional vigente, promulgada em outubro de 1988, o princípio da jurisdição única tem guarida na clausula garantística inserta n art. 5º, XXXV, que consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.”

O princípio da inafastabilidade, do qual é corolário o da unidade de jurisdição, submete ao Poder Judiciário, de forma monopolizada, a composição, de forma definitiva, de todos os conflitos de interesses configuradores de lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos, envolvam tais conflitos pessoas privadas ou públicas, de qualquer esfera ou Poder.

Cabe, assim, ao Poder Judiciário, com mote na tutela de interesses individuais e coletivos lesionados ou ameaçados de lesão (controle concreto) ou na função de verdadeiro paladino da Constituição (controle abstrato) promover o controle dos atos estatais emanados dos demais Poderes. O Poder Judiciário tem, assim, a relevante missão de examinar a legalidade e a constitucionalidade de atos administrativos e leis produzidos pelo Estado.

A importância do controle judicial é ainda mais destacada no campo da tutela dos direitos e garantias individuais e coletivas consagradas pela Constituição, se considerado que o Poder Judiciário, por ser um Poder equidistante dos interesses das pessoas de direito público e privado, é absolutamente indiferente a fatores político-governamentais que, muitas das vezes, influenciam e direcionam decisões contrárias aos interesses da sociedade. Neste contexto, destarte, o controle jurisdicional assegura um julgamento isento e imparcial, onde o único fator de motivação é a lei e a Constituição.

1.5.3. Momento em que o controle jurisdicional é exercido

instância e nem ultrapassado o prazo de cento e vinte dias para a decisão administrativa. Entretanto esse contencioso nunca passou de mero dispositivo constitucional, visto que nunca se restou regulamentado e, por consequência, implementado de fato.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos estatais ocorre, via de regra, de forma a *posteriori*. Depois que os atos são produzidos e se exteriorizam no mundo jurídico é que, geralmente, se submetem ao controle jurisdicional que atua a pedido do interessado para repelir e retirar do mundo jurídico o ato produzido ao arrepio do direito.

Os atos administrativos, assim como as leis, gozam de presunção de legitimidade, de modo que são tidos como válidos até que seja infirmado seu conteúdo pela indicação de algum vício de juridicidade que o contamine.

Os atos administrativos gozam, também, como regra, da prerrogativa da auto-executoriedade, de modo que a sua realização no mundo concreto independe de qualquer permissão ou autorização a ser concedida pelo Poder Judiciário.⁶¹

Nada obstante, em algumas situações o Poder Judiciário pode exercer o controle prévio da atividade administrativa.⁶² Essas situações se fazem presentes até em função da abrangência da garantia constitucional da inafastabilidade inserta no art. 5º, XXXV, da CRFB, que também possibilita a intervenção judiciária para tutelar a ameaça de lesão a direitos. Trata-se, assim, de controle tendente a atuar de forma preventiva antes mesmo a lesão ao direito se concretize.

Para implemento da garantia constitucional a legislação processual prevê a possibilidade de o juiz sustar os efeitos de ato administrativo ainda não exteriorizado mas em vias de vir a lume e com potencial lesivo a direito individuais ou coletivos. Nessa esteira, o art. 461 do CPC, consagra a possibilidade de concessão de tutela inibitória que tem por fim impedir que a prática de um ilícito potencialmente lesivo a determinado direito, ocorra,

⁶¹ Contudo, por imposição constitucional, algumas das vezes a ordem jurídica delega à jurisdição (e a apenas a ela) a execução de algumas atividades típicas do Estado, tais como a persecução penal e a execução de créditos públicos, no que se tem comumente denominado de *garantia de jurisdição*.

⁶² Refere-se apenas à atividade administrativa, posto que a atividade legislativa, antes de se exteriorizar de forma aperfeiçoada num diploma legal acabado e devidamente promulgado, é indiferente ao controle judicial, não cabendo controle de constitucionalidade sobre a apresentação e tramitação de meros projetos de lei.

prossiga ou se repita.⁶³ No que se refere especificamente aos atos administrativos, a tutela inibitória, já há bastante tempo, encontra previsão no ordenamento processual brasileiro, por conta do art. 1º da Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/51), que prevê a possibilidade de concessão de tutela jurisdicional em face de ato administrativo ilegal cuja realização ou vigência esteja na iminência de ocorrer.

1.5.4. Natureza dos atos sujeitos ao controle jurisdicional

Pela cláusula da inafastabilidade, disposta no art. 5º, XXXV, da CRFB é garantia democrática pétrea a possibilidade de o cidadão ter apreciada, pelo Judiciário, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. A amplitude desta garantia revela a possibilidade de atos estatais de qualquer esfera poderem ser questionados perante o Judiciário.

Pode-se dizer, com alguma variação em termos de profundidade e extensão, que o Poder Judiciário pode ser demandado a apreciar atos estatais basicamente, de três espécies: políticos, legislativos e administrativos.

As duas primeiras espécies de atos sofrem um tipo de controle especial em razão de algumas peculiaridades que as permeiam, valendo, contudo, frisar que não se pode confundir a existência de um controle especial com a ausência de controle.⁶⁴

1.5.5. Atos políticos

⁶³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 586.

⁶⁴ A advertência é feita com primor por José dos Santos Carvalho Filho. Assevera o autor que “no regime jurídico republicano democrático, onde desponta a proteção dos direitos e garantias fundamentais, não se pode conceber atos insuscetíveis a controle. Nenhum poder ou função são tão absolutos que possam estar infensos ao controle judicial.” (Op. cit., nota 1, p. 766).

Os atos políticos são aqueles praticados por certos agentes da cúpula diretiva do Estado, com arrimo na competência que lhe é outorgada diretamente pela Constituição. São eles que permitem a condução das políticas públicas e das diretrizes de governo.

Seu fundamento, portanto, é a própria ordem constitucional o que dificulta ou até impede, a predeterminação de parâmetro (*standards*) para o seu controle pelo Poder Judiciário e possibilita aos agentes políticos responsáveis por sua prática uma vasta área de discricionariedade, para adoção de uma gama ilimitada de ações políticas legítimas.

Em assim sendo, não pode, em regra, o Judiciário exercer o controle sobre os critérios políticos que orientaram os agentes na edição de tais atos, pela simples razão de que não cabe ao Judiciário, havendo uma gama de medidas, todas igualmente lícitas e legítimas, substituir a vontade do agente de governo pela sua própria, sob pena de ferir de morte a harmonia que deve prevalecer entre os Poderes do Estado.

Todavia, Mesmo que seja atribuição dos demais Poderes a implementação de políticas públicas, escolhendo as ações prioritárias e a forma de sua efetivação, não se pode a eles emprestar carta de imunidade com relação ao controle jurisdicional.

Como bem enfatiza Régis Fernandes de Oliveira

Os atos políticos não são editados ao arrepio da ordem jurídica. Não estão acima dela. Se o conceito primeiro dos atos políticos é o de buscarem conforto em norma autorizativa constitucional, liberadas da intermediação legislativa, não estão eles sobre o ordenamento jurídico.⁶⁵

A doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos estão sujeitos a controle judicial, caso verificada a violação de direitos e garantias individuais ou coletivas consagrados pela ordem jurídica vigente. Como bem escreve Hely Lopes Meirelles

Como ninguém pode contrariar a Constituição e essa mesma Constituição veda se exclua do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5º, XXXV),

⁶⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 2 ed. São Paulo: RT, 1980. p. 143.

segue-se que nenhum ato do Poder Público deixará de ser examinado pela Justiça quando argüido de inconstitucional ou lesivo a direito subjetivo de alguém. Não basta a simples alegação de que se trata de ato político para tolher o controle judicial.⁶⁶

A vedação ao controle jurisdicional cinge-se, portanto, apenas à valoração dos motivos e critérios utilizados pelo agente político para prática do ato, posto que tais elementos situam-se fora da esfera do controle externo. De resto, como regra, é perfeitamente possível a análise da juridicidade do ato político.

1.5.6. Atos legislativos

Quando se faz referência a atos legislativos, refere-se àqueles atos que dispõem de conteúdo normativo abstrato e geral, também denominados leis em tese.⁶⁷ São, no sistema pátrio, todos aqueles atos citados no art. 59 da CRFB, quais sejam, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções.

O controle que se exerce sobre tais atos é, na maioria das vezes, de constitucionalidade, nada impedindo, todavia, que exista também com relação aos mesmos a necessidade de se estabelecer um controle de legalidade na medida em que se admite como vigente no sistema constitucional pátrio uma hierarquia entre os atos legislativos acima citados baseados na pirâmide kelsiana do direito.

Com base no controle de constitucionalidade, os atos legislativos podem ser impugnados por duas vias: a concentrada e a difusa.

O controle concentrado representa verdadeiro instrumento especial de impugnação dos atos legislativos junto ao Poder Jurisdicional. Através dele objetiva-se de forma principal a

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., nota 5, p. 683.

⁶⁷ Impende destacar a diferença entre estas leis e aquelas só assim caracterizadas sob o aspecto formal, embora sob o aspecto material sejam meros atos administrativos – caso da lei de efeitos concretos; o controle exercido sobre esta espécie normativa é idêntico ao que o Judiciário exerce sobre os atos administrativos em geral.

invalidação do ato normativo em tese, visando a expurgá-lo do ordenamento jurídico, independentemente da violação de direitos individuais e coletivos em concreto.⁶⁸ Este modelo especial de impugnação dos atos legislativos tem sua delimitação na própria Constituição Federal e é composto pela ação direta de inconstitucionalidade (ADI), pela ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (ADPF).

A sistemática do controle constitucional concentrado, em verdade, consolida estudo próprio e extremamente complexo que, muito embora instigante, não apresenta ligação direta como o tema proposto para esta dissertação, razão pela qual com relação a ele não serão alongados os comentários.

O controle difuso de constitucionalidade não chega a constituir uma forma especial de controle jurisdicional, na medida em que a licitude da norma face à Constituição é discutida por ação judicial comum, de forma incidental ou prejudicial. É observado, na sua instauração o direito processual comum, com as peculiaridades inerentes às causas em que figuram entes estatais como parte.

1.5.7. Atos administrativos

Os atos administrativos são, sem sombra de dúvidas, aqueles que mais comumente são levados ao crivo do controle judicial. Isso ocorre, principalmente, porque tal espécie de ato estatal faz parte do cotidiano da atividade executiva, cujo desempenho eficiente é condicionado à exteriorização diária de um número expressivo de provimentos.

A atividade administrativa, como outrora já visto, é disciplinada por uma gama de normas jurídicas de que lhe conferem prerrogativas e lhe impõem sujeições em prol do

⁶⁸ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 44.

atendimento da finalidade pública. A esse sistema de normas denomina-se sistema jurídico de direito público e com base nos seus estritos ditames deve a Administração agir sob pena de incorrer em ilicitude.

Essa disciplina legal que recai sobre a atividade administrativa pode figurar de duas formas. Poderá a lei estabelecer com precisão e plenitude de elementos definitórios qual a situação de fato que ela objetivamente pretende tutelar, indicando ao administrador previamente qual a conduta deve ele praticar. Ou, de outra forma, poderá legislar sem a completude de todos esses elementos, pressupondo que se faz impossível catalogar, em determinados níveis, todos os atos que a Administração Pública deverá realizar em prol do interesse coletivo. Nesta hipótese concede o ordenamento, ao administrador público, certa margem para escolha quanto ao conteúdo do ato, bem como a respeito da conveniência e oportunidade de sua realização.

No primeiro caso, forçoso reconhecer que a atividade administrativa encontra-se completamente adstrita à lei, sendo tal marca fundamental para denominá-los como vinculados. A submissão de tais atos ao controle jurisdicional é, portanto, indubitável, já que possuem todos os seus elementos de validade delimitados de forma precisa e objetiva pela norma jurídica, bastando-se, para a apuração de sua regularidade, a confrontação da forma, conteúdo e finalidade do ato ao preceito legal.

A mesma facilidade, contudo, não se encontra quando se está diante de atos integrantes do segundo grupo. É que, em relação a eles, o controle tende a recair sobre a validade de atos nascidos dentro de uma seara eminentemente discricionária, em que a lei, delega ao administrador público a atribuição de, no caso concreto, integrar a norma jurídica abstrata de forma a escolher a melhor opção para atender a finalidade pública e o escopo da norma jurídica. Parte o legislador da premissa de que apenas o Administrador Público detém condições ideais para aferir, na situação concreta, a medida estatal mais idônea ao

cumprimento do bem comum. Trata-se dos denominados atos administrativos discricionários.⁶⁹

Na doutrina administrativa muito já se pregou acerca da limitação de controle jurisdicional aos atos *vinculados*, afastando-se a possibilidade de análise sobre os atos discricionários. Constituía verdadeiro dogma do direito administrativo a proibição da revisão judicial de atos consubstanciados em critério de escolha do administrador público ao definir as ações adequadas ao atendimento das finalidades públicas.

Com base nessa classificação, defendia a doutrina que a pretensão de questionar atos administrativos discricionários seria *juridicamente* impossível, devendo, por derradeiro levar à extinção do processo sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC .

A assertiva partia da premissa de que há atos administrativos cujo conteúdo e momento de realização (conveniência e oportunidade) são debitados integralmente ao agente público por ele competente, sendo ele imune a questionamento. Nessa seara o Administrador Público teria liberdade total para atuar, sem estar sujeito a qualquer limite apriorístico.

O argumento apresentado não poderia, por óbvio, manter-se como válido, uma vez que como já dito inúmeras vezes neste capítulo, no Estado Republicano Democrático atual, não existe ato estatal imune a questionamento pela via jurisdicional, não sendo diferente a assertiva com relação aos atos discricionários.

Além disso, conforme tem propagado prestigiada doutrina processualista nacional, a tendência contemporânea, visceralmente ligada aos movimentos pelo *acesso à justiça*, impõe

⁶⁹ Regina Helena Costa promove a diferenciação entre discricionariedade e conceito jurídicos indeterminados nos seguintes termos: “Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser classificados em conceitos de experiência e conceitos de valor. E, conforme pretendemos demonstrar, entendendo que, quando se tratar de conceitos de experiência, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Quando estivermos diante de conceitos de valor, diversamente, caberá àquele, terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que não a própria discricionariedade.” COSTA, Regina Helena. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. In: Revista de Direito Público, n. 95, julho/setembro-1990. p. 128.

a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido, como meio de universalizar ainda mais a jurisdição. Assim, constituindo dogma a insindicabilidade do mérito administrativo inerente aos atos discricionários, a jurisprudência e a doutrina têm caminhado no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade desses atos.⁷⁰

Como primeiros aspectos de legalidade aos quais encontram-se sujeitos os atos discricionários, revelam-se a forma e a competência. Nesse particular, os atos desta natureza em nada diferem dos atos vinculados, uma vez que para ambos a lei estabelece, sem margem de liberdade, a quem caberá e de que forma o ato deverá exteriorizar-se.

A par da competência e da forma, que são elementos comuns a qualquer ato administrativo, há limites outros limites ao poder discricionário que são judicialmente apreciáveis, sem prejuízo à independência afeta à função administrativa.

José Leonardo Carneiro da Cunha identifica, de forma precisa, quatro critérios jurídicos que podem nortear o magistrado quando da apreciação da validade do ato administrativo discricionário. São eles: a própria lei, a finalidade, o motivo e a razoabilidade/proporcionalidade. A análise da presença de tais critérios nos atos discricionários tem por finalidade revelar se os limites impostos à manifestação discricionária foram observados e se, portanto, houve regularidade na sua manifestação.⁷¹

É que, a rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos de legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade, invadindo, assim, o campo próprio da legalidade.

Como primeiro elemento-limite à atuação discricionária surge a própria lei. Uma vez que é a própria lei que outorga ao Administrador a discricção para a prática do ato, aquela mesma descrição deve ser exercida nos exatos e limitados termos do texto legal. Agindo fora

⁷⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 257.

⁷¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., nota 8, p. 480-481.

do molde legal terá a Administração usurpado campo próprio da legalidade sendo inevitável a verificação da ilegitimidade do ato praticado.

Outro limite imposto à discricionariedade é a finalidade pública. Como em todo e qualquer ato estatal, é intrínseco ao ato discricionário o dever de conformação, direta ou indiretamente, à persecução de uma finalidade pública, sob pena de malferimento da ordem jurídica. Aliás, com relação a essa vertente do ato discricionário, consolidou-se no Direito pátrio, mesmo entre os pensadores mais conservadores do tema, que a modificação da finalidade expressa na lei ou implícita no ordenamento positivo evidencia desvio de poder, a ensejar a anulação do ato administrativo. Como bem discorre Cassio Scarpinella Bueno,

A finalidade pública é em todo e qualquer caso vinculada, o que é lugar comum mesmo na visão mais tradicional da discricionariedade. E desde que esta finalidade pública não seja devidamente atingida como deseja o ordenamento jurídico, o Poder Judiciário poderá declarar nulo o ato.⁷²

O terceiro elemento a possibilitar a análise jurídica da atividade discricionária é o motivo ou causa do ato. A causa do ato corresponde à “relação de compatibilidade dos fatos ocorridos com aqueles descritos na norma, estando aí implicada uma causa legítima, consistente no enquadramento adequado dos fatos à norma”.⁷³ No caso dos atos discricionários, como as causas que dão vazão ao atuar administrativo não se encontram presentes expressamente na lei cabe ao Administrador Público explicitar as razões do seu agir. É o que a doutrina denomina de “teoria dos motivos determinantes” que no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello quer indicar que

Os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatores que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos,

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. **Inafastabilidade do controle judicial da Administração**. In SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (org.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 240.

⁷³ ALVIM, Arruda. Op.cit., nota 52, p. 233.

inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda que quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enuncia-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.⁷⁴

A motivação do ato discricionário coloca-se, dessa forma, como condição *sine qua non* de validade do ato discricionário e responsável por possibilitar o controle de legalidade do exercício do poder discricionário, evidenciando-se, ademais, verdadeira garantia do administrado frente à Administração Pública.

A discricionariedade administrativa encontra balizas, por fim, nos deveres de razoabilidade e proporcionalidade. A razoabilidade deve ser tomada como aquilo que a sociedade pode admitir como uma das soluções possíveis para o caso concreto; é o padrão social a respeito de certas condutas e, portanto, só pode ser aferida em função da realidade, de um contexto determinado. Já a proporcionalidade impõe uma adequada medida e ponderação entre a ação adotada e a finalidade pública buscada pela Administração, não sendo tolerados atos que demandem restrições ou limitações demasiadas e desnecessárias, levando em consideração que os fins para os quais se destinam poderiam ser atingidos de outras formas menos prejudiciais ou dolorosas.

Como se percebe, o controle de juridicidade feito pelo Judiciário não tem por finalidade substituir o agente administrativo em seu mister de gestão e decisão sobre os atos em que lhe caiba exercer determinado juízo de conveniência e oportunidade; o magistrado, definitivamente, não é o destinatário dos juízos de conveniência e oportunidade das ações administrativas. O controle, neste terreno, prende-se a critérios objetivos que revelam a juridicidade do ato praticado, que embora discricionário e, portanto sujeito a uma dose maior

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 392.

de liberdade, está, como qualquer outro ato estatal, sujeito a controle face ao Direito. Não se trata de emprestar ao juiz a escolha pela solução mais adequada à situação concreta, mas de determinar que a escolha feita pelo administrador destoa do modelo legal, ainda que ele seja detentor de margem de discricionariedade.⁷⁵

A função do magistrado deve guiar-se, destarte, por essa linha eminentemente negativa, voltada a reconhecer apenas quando não estão presentes os requisitos jurídicos que dão validade ao ato, sendo-lhe vedado, como regra, a sua intromissão no mérito administrativo, quando o ato cuja realização se pretenda implique em prévia decisão de conveniência administrativa a ser tomada de forma discricionária pelo administrador.⁷⁶

Mais recentemente, entretanto, tem sido cada vez mais pregado e reclamado por doutrina de peso uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, com relação às metas constitucionais públicas. As cobranças são para que o Poder Judiciário saia da prisão que constitui a atribuição precípua de servir de mero órgão de controle e anulação de atos administrativos, para atuar na realização de um mister que o insira como verdadeiro órgão responsável pela consolidação e implemento dos valores consagrados pela Constituição.

A atuação tem terreno fértil na omissão do Poder Executivo, que não realiza as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte e outorga ao Judiciário um papel de maior realce com vistas ao implemento dos preceitos garantísticos consagrados pela Constituição.⁷⁷ Advirta-se, contudo, que mesmo face a essas omissões “não se pode pretender que o Judiciário possa ditar políticas públicas *lato sensu* ou que passe a exercer funções executivas”.⁷⁸

⁷⁵ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 11, p. 47.

⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 140.

⁷⁷ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000. p. 45-47.

⁷⁸ Ibid.

Sob essa ótica, o que deve se restar claro é que o poder jurisdicional não se caracteriza mais por ser um simples aplicador ou interprete último da lei e da Constituição, com a missão de simplesmente extirpar do mundo jurídico os atos estatais que com eles não se coadunem. Em adendo a essa função histórica, espera-se do Judiciário um papel bem mais amplo e imaginativo voltado a tornar realmente concretas as garantias esculpidas na Carta Magna.

Deve-se atentar, contudo, que em todos esses casos, o Judiciário deve sempre atuar lastreado em critérios de razoabilidade e respeitar a reserva do possível. A razoabilidade impõe ao judiciário uma análise crítica e realista sobre os limites materiais para a implementação da garantia ou direito constitucionais reivindicados.⁷⁹ Já a reserva do possível limita, do ponto de vista financeira, a força, a possibilidade de efetiva realização da tutela jurisdicional, quando para cumprimento da mesma sejam necessários recursos financeiros disponíveis.⁸⁰

Seja como for, o fenômeno da judicialização do fato político é irrecusável e irresistível. Contudo, ao invés de “temer-se o avanço da função jurisdicional em tema de certos interesses que envolvem ‘escolhas políticas’, deve-se augurar que as outras funções estatais desempenhem a contento e com presteza as suas atribuições”.⁸¹

⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003. p. 145.

⁸⁰ O mesmo autor cita como exemplo de tutela jurisdicional possível o fornecimento de medicamento (haja vista que já existe política pública correlata) e a ação preventiva do Judiciário visando a evitar uma epidemia que ocorra (neste caso afirma o autor que “não há que se falar em nenhuma margem de discricionariedade na definição de prioridades o de seleção de meios a utilizar”). Já como exemplo de tutela jurisdicional inócua destaca o autor eventual pedido baseado na garantia do direito ao trabalho - face à sua fluidez não é possível a sua individualização em direito subjetivo. Ibid., p 145-146.

⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: instrumento de participação na tutela do bem comum**. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 196.

CAPÍTULO SEGUNDO – DIREITO PROCESSUAL E FAZENDA PÚBLICA

2.1. O direito processual – algumas considerações

Vistos, ainda que em linhas restritas, os contornos que traçam o perfil do Estado Democrático de Direito e os caracteres de seus atos, é chegado o momento de investigar os principais matizes da atuação do Poder Público em juízo, na qualidade de sujeito de uma relação jurídico-processual.

Abordar-se-á, nesse sentido, a forma pela qual se apresentam em juízo os entes públicos, com ênfase naquilo que distingue sua figuração no processo com relação aos demais sujeitos, denominados particulares. Antes, porém, apresenta-se como relevante estabelecer, em breves considerações, alguns pontos cardeais do direito processual civil que servirão de ponto de partida para as argumentações que durante este capítulo serão feitas.

2.1.1. O Estado e a lide

O sistema jurídico possui, fundamentalmente, duas funções primordiais enquanto subsistema integrante de um conjunto maior que é o sistema social: a função de direção das condutas dos indivíduos integrantes de certo grupo social e a função de tratamento dos conflitos que emergem deste mesmo grupo.

A primeira dessas funções decorre de uma consequência inexorável da convivência e aglomeração humana sob a forma de sociedade. O direito enquanto elemento de regulação de condutas existe desde os tempos mais primórdios, sendo sua necessidade motivada por diversos fatores, tais como étnicos, econômicos e religiosos.

A função de direção das condutas consiste na capacidade afeta ao direito de fazer com que determinado grupo social aceite determinados padrões de comportamento estabelecidos

por suas normas. A necessidade de viver em sociedade aglomera os indivíduos e os força a coordenar seus desígnios em prol da realização de determinada meta social imposta pela norma jurídica.⁸²

É sabido, contudo, que nem sempre há por parte dos indivíduos completa submissão aos padrões de comportamento expressos pelo Direito em sua função primária. O individualismo, ínsito a própria natureza humana, faz nascer, no seio da coletividade, interesses antagônicos, tornando, destarte, a existência dos conflitos inseparáveis da vida social. Dessa realidade, emerge a segunda função do direito, qual seja, a de promover o tratamento dos conflitos interpessoais.

Os conflitos de interesses se manifestam em dois planos: o ideológico e o concreto. No primeiro deles o conflito evidencia-se como intrínseco ao comportamento e vontade das partes envolvidas; trata-se de um conflito interno ao próprio agente que se vê obrigado, pela ordem jurídica cogente, a abdicar de um interesse que lhe é próprio em prol do interesse de outrem. O conflito, muito embora existente num momento inicial, desaparece, posteriormente e sem resistências, por obra dos próprios agentes nele envolvidos, não gerando, com isso, maiores conseqüências ameaçadoras da paz social.

Contudo, nem sempre os interesses interpessoais contrapostos se acomodam de forma harmônica, não sendo raras as hipóteses em que as pretensões das partes envolvidas se chocam, de forma que o titular de um interesse legítimo encontra resistência ao cumprimento de determinado dever que a ordem jurídica impõe a outrem.

Da resistência oposta à vontade de outrem surge a lide, que na precisa lição de Moacyr Amaral dos Santos, com base na doutrina de Carnelutti, representa “o conflito de interesses

⁸² ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26.

qualificado por uma pretensão resistida.”⁸³ A lide é, portanto, mais do que um mero conflito abstrato de interesses antagônicos, sua concepção extravasa o campo ideológico para figurar como uma verdadeira desobediência à ordem jurídica e desrespeito ao direito subjetivo de outrem. Como tal, constitui-se em fator de extrema ameaça à coesão social, não interessando ao Estado nem à sociedade a sua manutenção no mundo dos fatos, pelo que a sua eliminação urge como medida necessária ao restabelecimento da ordem e da paz social.

A resolução de conflitos pela via jurisdicional estatal constitui atribuição precípua do Poder Judiciário (como já foi visto em passagem anterior deste trabalho). De sorte que qualquer pretensão resistida apta a gerar lesão a direito individual ou coletivo está apta a ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

E não se afigura distinta a situação quando a lesão ou ameaça de lesão decorrem de ato do próprio Estado no exercício de suas funções legislativa ou administrativa. Como já registrado, os Poderes titulares das demais funções estatais, embora igualmente dotados de parcela da soberania estatal, também se submetem à forma jurisdicional para composição dos litígios nos quais seus diversos entes figuram como partes.

Tem-se, portanto, que todas as lides envolvendo a Fazenda Pública, a exemplo do que ocorre com todas as demais lides entre particulares, podem ser submetidas ao Estado-juiz e obedecerão a todos os princípios e normas que regem a sua atuação no mister precípua de composição dos conflitos de interesses.

2.1.2. O direito processual civil

⁸³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1, p. 147.

Instaurada a lide e havendo a necessidade de intervenção do Estado para sua resolução através da função jurisdicional, faz-se necessário disciplinar o modo pelo qual esta intervenção se dará. O processo é, portanto, o instrumento através do qual o Estado-juiz exerce sua função precípua de eliminar os conflitos de interesses com justiça através da aplicação do Direito ao caso concreto.⁸⁴ E dessa atividade desempenhada pela jurisdição estatal disciplinada por um conjunto de normas jurídicas é que se ocupa a ciência do processo.

Como sabido, o estudo do direito processual está baseado em três conceitos fundamentais: jurisdição, ação e processo. Trata-se da denominada *trilogia estrutural do direito processual*, termo inicialmente utilizado pelo processualista argentino J. Ramiro Podetti.⁸⁵

A jurisdição, como já dito, consiste na atividade de aplicação definitiva do direito aos casos concretos que são submetidos ao Estado-juiz. Por seu turno, o estudo da ação volta seus olhos para a garantia do acesso à justiça, cuidando dos pressupostos e conseqüências do exercício, pelas partes, do direito à provocação da atividade jurisdicional. Por fim, a análise do processo destina-se à investigação técnica do arcabouço normativo que consolida o instrumento por meio do qual é pleiteada a tutela jurisdicional estatal.

O estudo de direito processual desenvolveu-se, fundamentalmente, ao longo de três fases metodológicas históricas, a saber: a fase do sincretismo, a fase da autonomia científica (ou conceitual) e a fase instrumentalista.

Na primeira delas o processo era compreendido como simples meio de exercício do direito material, sendo considerado, por isso, como um simples adendo deste. A ação era

⁸⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 240.

⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 53.

compreendida como a manifestação do próprio direito subjetivo material lesado em juízo em busca da reparação. Não se tinha consciência a respeito da autonomia da relação jurídica de direito processual, tampouco se emprestava à ciência do processo qualquer independência como ramo autônomo do direito.

Num segundo momento (final do século XIX) através, principalmente, do trabalho de juristas alemães (com destaque para Oscar von Bülow), foram construídas relevantes teorias acerca da natureza jurídica da ação e do processo e seus respectivos elementos; a partir deste momento o processo passa a ser concebido como um ramo autônomo do direito e detentor de uma cientificidade peculiar e independente. A conquista da autonomia foi o marco responsável pelo surgimento de todo o arcabouço teórico e científico processual hoje conhecido.

Todavia, o movimento autonomista, no afã de desenvolver da forma mais crítica possível a nova ciência que vinha a lume, careceu de uma postura menos introspectiva acerca do fenômeno processual e dos verdadeiros fins buscados pelo processo. A preocupação de toda escola autonomista era preponderantemente voltada ao exame do processo como mero instrumento técnico, em si próprio considerado, olvidando-se dos seus reflexos na vida das pessoas que dele se utilizariam para fazer justiça.

A fase instrumentalista surge com o propósito de romper com essa perspectiva, inaugurando um caminho novo para o estudo do fenômeno processual. Passa-se a analisar o processo por um ângulo externo, levando em consideração os resultados práticos que o mesmo é capaz de gerar. Segundo a nova escolástica, antes de se preocupar com fatores intrínsecos ao processo, é necessário considerar o modo como os seus resultados chegam aos consumidores do serviço jurisdicional: a população.

No decorrer dessa fase (ainda em andamento) tem lugar particular o desafio buscado por três ondas renovatórias: a primeira consistente na melhoria dos sistemas de assistência

judiciária aos necessitados; a segunda referente à tutela dos interesses supra-individuais (interesses difusos e coletivos); a terceira traduzida em várias tentativas tendentes a mudar o modo-de-ser do processo, tais como, simplificação e racionalização dos procedimentos, ampliação da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, equidade social distributiva e justiça mais acessível e participativa.

Por oportuno, há de se destacar, também, a importância revelada pelo estudo das grandes matizes constitucionais do direito processual, dando origem ao direito processual constitucional, como método supra-legal de avaliação do processo a partir de um prisma garantístico, que se sobrepõe à cientificidade pura da vetusta processualística de outrora.

Garantias como a do devido processo legal, do contraditório, do tempo razoável de duração dos processos e da efetividade do processo, confluem para a idéia de que o mesmo deve ser, antes de tudo, poderoso instrumento ético voltado a servir, com justiça, a sociedade e o Estado e não simplesmente um mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica.

A idéia de tutela jurisdicional adequada e de efetividade do processo passa a figurar, nesse novo cenário, como estandarte para a nova concepção que os tempos atuais exigem do direito processual, preocupado efetivamente com o valor máximo do acesso sob a perspectiva do cidadão.

Nessa nova realidade a visão dicotômica do direito (direito material x direito processual), ressaltada a sua importância didática, não mais encontra razão de ser. A novel processualística está cada vez mais focada na inexorável idéia de tutela adequada e resultado justo, expressões que forçam de forma irresistível a aproximação do processo com o direito material, na medida em que para bem praticar a justiça o processo deve ao máximo adequar-se às peculiaridades do direito material a ser tutelado. Como bem escreve Luiz Guilherme Marinoni

Para que o processo possa, realmente, realizar os direitos, imprescindível é a visualização da ação na perspectiva de direito material. Se o processo visa tornar efetivo o direito, necessário é que o resultado da ação (processual) corresponda exatamente àquilo que se verificaria se a ação (= agir) pudesse ser realizada no mundo do direito substancial. Em outras palavras, a ação processual deve ser uma espécie de realização da ação privada, ou seja, da ação que foi proibida quando o Estado assumiu o monopólio da jurisdição.⁸⁶

2.1.3. O sistema de ações coletivas e o direito processual de interesse público

Na mesma linha da digressão realizada no subitem anterior, a introdução, no Brasil, de mecanismos processuais para tutela dos interesses coletivos e difusos representou não só um avanço perfeitamente inserido na onda processualista da ampliação do acesso, mas, acima de tudo, uma ruptura com o paradigma tradicional de enquadramento das funções estatais divididas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A jurisdição, superando a sua vocação genética de resolução de conflitos meramente individuais, se vê na missão de equacionar lides em que estão em jogo interesses trans-individuais de forte peso político e de larga abrangência social.

A prestação de tutela jurisdicional nesses casos implica, não raro, a implementação de políticas públicas, quando possível socorrer-se das leis e da constituição para definição do que o direito consagrou como finalidade pública.

As ações coletivas, que na maioria das vezes veiculam pretensões de conteúdo público (defesa do consumidor, meio ambiente, patrimônio público etc.) introduziram no sistema processual o alargamento do acesso à justiça que, reflexamente, acabou impondo uma

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 130.

modificação ideológica acerca da atuação do Poder Judiciário e da forma de prestação da tutela jurisdicional. A função jurisdicional e o processo passam a servir como instrumento de concretização de interesses públicos sociais, trazendo para pauta judicial a função de decidir sobre o interesse público.

2.1.3. O direito processual de interesse público

A história revela que o direito processual civil originou-se e desenvolveu-se, por muitos séculos, absolutamente atrelado ao direito privado, recebendo, aliás, a identificação de civil exatamente em contraposição às demandas de natureza penal e às de direito público.⁸⁷ É forçoso reconhecer, portanto, que o direito processual civil se relaciona de modo muito íntimo com o direito privado e encontra nele a sua base ideológica.

Sendo assim, é natural que todo o arquétipo normativo processual, assim como todos os estudos realizados na seara da ciência do processo sejam realizados sob a perspectiva da tutela de direitos de natureza privada, posto que sobre tal premissa foi criado.

Não se quer com essa assertiva, todavia, infirmar a natureza pública do direito processual e de suas subespécies (processo civil, processo do trabalho e processo penal); está absolutamente assentado que o direito processual constitui ciência do ramo do direito público, posto que se presta a regular a atuação do Estado, através de uma das suas funções: a jurisdicional. Antes o que se busca é evidenciar que, embora integrante do ramo do direito público, o conteúdo do direito processual civil é orientado pelo direito civil e por interesses meramente privados.

⁸⁷ MIRANDA. Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 3.

Nada obstante a história do processo civil demonstrar que o mesmo foi estruturado e sistematizado a partir de conflitos de direito privado, na sistemática processual brasileira, sua incidência se espraia por todas as espécies de litígios, excetuados, tão somente, aqueles de natureza criminal.

A própria tipologia principiológica do direito processual civil revela alguns exemplos do que se afirma. Orientado pelo princípio liberal do voluntarismo jurídico⁸⁸ restou-se consagrado no direito processual o princípio da demanda e seus corolários, princípios dispositivo e da congruência.

Como sabido o princípio da demanda é base nuclear do sistema processual, posto que garante à jurisdição a sua característica marcante da inércia, vital como instrumento para que o órgão julgador guarde completa imparcialidade com relação ao conflito que lhe é submetido. Mas a função provocadora do princípio da demanda constitui apenas uma de suas facetas.

Como corolário de tal postulado o princípio dispositivo consagra a regra segundo a qual o juiz depende da iniciativa das partes no que se refere às provas e alegações que servirão de fundamento para sua convicção (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Já o princípio da congruência (ou da correlação entre o pedido e a sentença) quer indicar que o juiz, em seu mister de julgar, não pode tomar providências jurisdicionais fora

⁸⁸ O voluntarismo jurídico, conforme explica José de Albuquerque Rocha, com base nas lições de Maurice Bourjol, “deriva do liberalismo, que é a concepção da sociedade a partir da idéia do indivíduo considerado em si mesmo como um valor absoluto, visando em última análise a salvaguardar as posições desse indivíduo frente aos Poderes Públicos (...) Em linguagem jurídica, esse poder do indivíduo de demarcar os limites subjetivos e objetivos da tutela jurisdicional é manifestação do poder dispositivo que, por sua vez, é aplicação no campo do processo, do princípio da autonomia da vontade, expressão máxima da doutrina do liberalismo no direito, segundo a qual o indivíduo é o melhor juiz de seus interesses. No direito processual este princípio é também chamado de *princípio de oportunidade*, porque depende de um juízo de oportunidade do titular do direito.” ROCHA, José de Albuquerque. Op. cit., nota 82, p. 179-180.

dos limites do pedido exteriorizado pelo autor da demanda na sua petição inicial (art. 128 do CPC).

Esses dois princípios revelam bem que o processo civil, muito embora se revista em instrumento de atuação pública, é baseado no valor disponibilidade, intrínseco às relações materiais de direito privado, em que as partes tem o poder de direcionamento a respeito de seus interesses e direitos, sobretudo os de natureza patrimonial. Como regra estão em jogo interesses individuais exclusivos da própria parte processual. A disponibilidade da lide decorre, justamente, da disponibilidade do direito material.

Por óbvio, que tais postulados de direito processual não podem ser aplicáveis quando se está diante de demandas que veiculam pretensões e interesses que não se restringem à esfera individual do cidadão. Essa questão, todavia, nunca constituiu uma preocupação ontológica do direito processo civil, até porque a idéia de controle dos atos estatais inexistia à época em que os pilares da atual ciência processual começaram a ser erguidos (final do século XIX).⁸⁹

Longe de se colocar na linha de defesa da indisponibilidade absoluta dos direitos e bens geridos pelo Poder Público, fato é que características marcantes dos direitos e interesses públicos impõem ao mesmo um regime próprio para o seu tratamento, que se não os torna completamente indisponíveis, também não os deixa irrestritamente sujeitos a regra da livre disponibilidade vigente no direito privado, direcionada exclusivamente pela autonomia da vontade.

Também o conceito de lide formulado por Carnelutti, que constitui a pedra angular da ciência do processo, não tem a mesma significação nos processos em que se discute algum

⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **A emergência do Direito Processual Público**. In SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (org.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 33.

direito de natureza não meramente particular.⁹⁰ Como sabido, a finalidade do Estado reside na concretização do bem comum, que se manifesta, acima de tudo, através da manutenção da ordem jurídica constitucional. O Estado que eventualmente se vê envolvido num conflito frente ao particular é o mesmo que produz a regra jurídica que será definitivamente ditada e aplicada pela jurisdição, não sendo coerente que se coloque contra os seus próprios comandos.

Não se pode, por isso, a rigor, afirmar que haja entre o Estado e o particular um conflito real, posto que existe, por parte do primeiro, um interesse perene na correta aplicação do direito.⁹¹ O apaziguamento social, através da composição da lide, muito mais do que um escopo do processo, nas relações envolvendo o Estado, acaba por coincidir com o seu próprio fim.

Por todos esses motivos, parece pertinente entender que as demandas que veiculam pretensões vinculadas à atuação estatal devam receber tratamento e estudo destacado daquele que tradicionalmente se dá ao processo civil.

Mais que isso, sob uma ótica voltada a guardar confluência ao movimento instrumentalista do processo, exige-se que as relações jurídicas decorrentes do direito público possuam regramento próprio, mais apto a aproximar as características do direito material decorrente destas relações aos instrumentos processuais disponíveis para sua efetiva tutela jurisdicional. As peculiaridades dos atos estatais e, por conseqüência, dos processos envolvendo a Fazenda Pública, merecem a formulação de procedimentos próprios para tutelar de forma adequada a singular situação de direito material por eles deflagrados.

⁹⁰ Vale mencionar que o conceito de lide nunca foi lugar comum entre os processualistas. Liebman já criticava a definição carneluttiana de lide por entendê-la vinculada apenas ao aspecto jurídico-processual. Para Liebman, lide é apenas um pedaço do conflito de interesse que foi levado pela parte ao processo, podendo ou não coincidir com a plenitude do conflito existente no plano social.

⁹¹ Ousamos dizer que nesses casos, ao menos quando o Estado é sucumbente, ocorre uma verdadeira eliminação do conflito, visto que a decisão judicial, antes de figurar como uma imposição ao qual deve o Estado se sujeitar compulsoriamente (como o é para o particular), proporciona que a ordem jurídica violada seja definitivamente restabelecida, o que atende diretamente aos fins estatais.

A criação desse complexo de normas processuais teria, ainda, o condão de desenvolver ainda mais os estudos acerca da legitimidade e limites da interferência jurisdicional na tutela dos interesses públicos, sistematizando e estabelecendo regras claras acerca do modo e limites da atuação do Poder Judiciário nessas causas.

Porém, o mais importante a ser destacado a respeito da nova sistemática processual voltada à tutela de interesses públicos é que o seu incremento impõe, como condição indispensável, a revisão da submissão histórica do direito processual aos litígios de natureza privada.⁹² Faz-se necessário, nesse diapasão, a criação de toda uma sistemática normativa e doutrinária destinada à edificação de um modelo processualístico próprio que por um lado atenda às peculiaridades das relações de direito público e de outro propicie, de forma adequada e efetiva, a tutela do Estado-Juiz em caso de lesão a interesses e direitos subjetivos.

O sistema normativo processual atualmente vigente trata da matéria pública de maneira absolutamente desordenada e pontual, por meio de remendos feitos sobre a legislação processual civil com o objetivo principal de criar, para Fazenda Pública, vantagens processuais que, na maioria das vezes, não guardam qualquer relação de pertinência com peculiaridades inerentes ao direito material de matiz pública. Some-se a isso o fato de as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais serem, em maior ou menor intensidade, contaminadas pelos princípios e normas vigentes para o processo civil tradicional.

A idiosincrasia do sistema atual deflagra a impossibilidade de um tratamento científico sério a respeito da matéria, traduzindo-se em fator de constante e variadas dúvidas de interpretação. É que muitas das regras que se voltam especialmente aos processos fazendários são simplesmente inseridas num “corpo estranho”, que é o direito processual civil, sem que seja perquirida a compatibilidade entre ambos.

⁹² PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 3.

Os novos postulados da instrumentalidade e da efetividade têm exigido uma maior liberdade para a ciência processual e autorizam a criação de quantos subsistemas se restarem necessários ao devido tratamento do fenômeno processual; tudo com vistas a privilegiar o valor máximo do acesso à tutela jurídica adequada.

É preciso ir além, para reconhecer que o fenômeno processual, sobretudo com a emersão dos chamados novos direitos, não mais se contenta com a conformação às três categorias tradicionais de processo (civil, penal e trabalhista), sendo ele, atualmente, muito mais amplo e complexo que outrora, complexidade esta que revela como consequência inexorável à especialização de seu estudo.

É necessário, contudo, estar ciente de que a falta de sistematização normativa do tema e o insuficiente desenvolvimento metodológico-científico da matéria fazem com que, ao menos num primeiro momento, a vinculação parcial ao processo civil, principalmente para fins supletivos, seja praticamente imprescindível.

2.2. Tutela ordinária e tutela diferenciada: proposta de classificação tendo em conta os processos envolvendo a Fazenda Pública

De forma pretensiosa, aponta-se como necessário, nesta passagem, propor um modelo de classificação que, para fins da matéria específica abordada neste trabalho, apresenta-se como útil.

A doutrina processual costuma classificar, de acordo com a especificidade do instrumento processual em relação ao direito material, a forma de prestação da tutela jurisdicional em dois grupos. O primeiro compreende a denominada tutela ordinária ou comum, caracterizada pela tutela jurisdicional que se presta por meio das normas processuais

tradicionais aplicáveis a toda e qualquer ação, independentemente do direito material sob demanda. No regime processual vigente, a ordinariedade da tutela guarda identificação com o processo de conhecimento comum quer seja seguido o rito sumário ou ordinário (art. 272, do CPC).

A forma procedimental ordinária representa uma via completa em termos processuais garantísticos, sendo possível através dela, como regra, o exercício pleno do direito à ampla defesa e do contraditório, assim como a realização de vasta produção probatória.

Já o segundo modelo expressa uma possibilidade⁹³ de o demandante jurisdicionado ver tutelado seu interesse através de uma forma procedimental, via de regra, mais expedita e afeita à necessidade do direito material em disputa.⁹⁴ A idéia de tutela diferenciada envolve, assim, a necessidade de formulação de técnicas processuais específicas formuladas a partir da análise das peculiaridades de determinados direitos materiais ou da situação especial de alguma das partes. Exemplos do primeiro grupo são os procedimentos especiais previstos no Livro IV do CPC; já com relação ao segundo grupo pode ser citado o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, criados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Essa bipartição classificatória, com base na técnica procedimental utilizada para a prestação da tutela jurisdicional, é perfeitamente aplicável ao específico nicho processual eleito como tema da presente dissertação.

⁹³ Lembre-se que a utilização do modelo diferenciado de prestação de tutela constitui opção do demandante. A respeito do tema já se manifestou Cândido Rangel Dinamarco afirmando que “as vias ordinárias estão sempre à disposição das pessoas, ainda quando o caso autorize também o acesso a alguma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 35.

⁹⁴ Conforme explica, José Carlos Barbosa Moreira, “a sumarização do procedimento pode decorrer: a) da criação de ritos especiais, com prazos menores, dispensa de certas formalidades e outras características havidas por idôneas para encurtar o itinerário processual; b) da abreviação eventual do próprio rito ordinário, sob circunstâncias capazes de tornar desnecessário o percurso total previsto qual paradigma”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela de urgência e efetividade do direito**. In Temas de Direito Processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 91.

Como já dito, o modelo processual brasileiro, no que tange às causas em que figura como parte a Fazenda Pública, consagra, como regra, a aplicação da sistemática processual civil vigente para os conflitos particulares. Sendo assim, a exemplo do que acontece nas causas envolvendo particulares, a tutela prestada ordinariamente nas causas envolvendo a Fazenda Pública (seja ela autora ou ré) tem como base normativa o procedimento comum, ordinário ou sumário, previsto no CPC.

Já no que se refere ao sistema de prestação de tutela jurisdicional diferenciada, impende registrar que existe, em função do tratamento processual diferenciado que é dado à Fazenda Pública enquanto parte do processo (sobretudo, na posição de ré), uma certa particularidade em relação às formas de tutelas admitidas nas relações processuais envolvendo pessoas ou entidades privadas.

Isso faz com que alguns dos instrumentos processuais de prestação de tutela diferenciada deixem de ser aplicados quando se está diante de uma lide fazendária (exemplo disso é a impossibilidade de o ente público ser demandado nos Juizados Especiais Estaduais) e outros tenham sua aplicação tolhida em função de algumas peculiaridades impostas pela qualidade da parte processual de direito público (como, por exemplo, a restrição sofrida pelo mecanismo diferenciado de antecipação dos efeitos da tutela). No decorrer do presente trabalho serão lançadas algumas observações e críticas sobre estes fenômenos.

Outrossim, nota-se que existem no sistema processual em voga alguns modelos de prestação de tutela jurisdicional diferenciada exclusivos dos processos envolvendo pessoas jurídicas de direito público. A legislação extravagante e a própria Constituição prevêm um número significativo de formas diferenciadas de tutela jurisdicional para a tutela de interesses de matizes públicas, dentre as quais podem ser destacadas o mandado de segurança, a ação popular, o habeas data, o mandado de injunção, a desapropriação e a execução fiscal. Cada

um desses procedimentos especiais foi formulado a partir da necessidade de prestação jurisdicional especial dos direitos de característica pública que eles veiculam.

Pela relevância que cada uma dessas demandas especiais tem no ordenamento jurídico, tanto no plano normativo quanto no plano prático, por óbvio que, embora provocante, a abordagem de cada um destes tipos processuais não pode ser contida nas breves e direcionada linhas em que se põe o presente trabalho. Decerto, contudo, que em algumas passagens desta dissertação será necessário fazer referência a algumas das espécies de tutelas diferenciadas citadas, oportunidade em que se fará, ainda que em breves linhas, alguns comentários a seu respeito.

O que se pretende fixar com clareza, por ora, é que a processualística pátria aplicável ao Poder Público caracteriza-se, em termos de técnicas processuais de tutela de direito, como sendo um modelo análogo ao que é adotado nas causas envolvendo particulares, marcado, contudo, por diferenças de duas ordens: a primeira referente ao empecilho para adoção irrestrita do arquétipo processual existente no processo civil das causas particulares; a segunda ligada à existência de um grupo próprio de modelos procedimentais específicos com aplicação exclusiva às causas da Fazenda Pública.

2.3. A competência nas causas envolvendo o Poder Público

2.3.1. Considerações preliminares sobre o instituto da competência

Como ficou cristalizado na doutrina brasileira por meio das lições de Chiovenda, a jurisdição é a função do Estado, por meio da qual este substitui a vontade das partes

envolvidas no conflito de interesses para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito com justiça através da aplicação do Direito ao caso concreto.⁹⁵

Vicente Greco Filho, em complemento à definição do ilustre mestre italiano, anota que a jurisdição é ao mesmo tempo poder, função e atividade:

A jurisdição é, em primeiro lugar, um poder, porque atua cogentemente como manifestação de potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e ainda, é uma atividade, consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título.⁹⁶

A jurisdição se faz atuar através dos juízes e tribunais regularmente investidos, que compõem o Poder Judiciário, sendo todos eles dotados do poder de dizer do direito e, portanto, da função judicante, atributo, aliás, decorrente da unidade da jurisdição.

Não obstante ser o poder jurisdicional uno, fatores de ordem prática impõem que, para a prestação da jurisdição de forma mais adequada e ampla possível para os usuários deste serviço público, haja uma divisão racional dos trabalhos e tarefas a cargo do Poder Judicante. Além disso, como deflui com facilidade da experiência comum, seria humanamente impossível que um único juiz conhecesse de toda a massa de conflitos existentes no universo, tornando necessário que o exercício da jurisdição estatal seja distribuído entre diversos órgãos do Poder Judiciário, cada qual exercendo a jurisdição dentro de determinados limites.

Portanto, o poder do qual dispõe determinado órgão do Poder Judiciário, de fazer atuar a função jurisdicional em um caso concreto é o que se denomina competência.⁹⁷ Segundo a

⁹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., nota 84, p. 130.

⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 167.

⁹⁷ Ibid., p. 170.

clássica fórmula de Liebman a competência se traduz na quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos.⁹⁸

Para a fixação dos limites do exercício do poder jurisdicional é necessária a definição de alguns critérios que possam direcionar a divisão dos trabalhos pelos órgãos do Poder Judiciário. Com base nas lições de Chiovenda,⁹⁹ é possível identificar três critérios de determinação da competência dos órgãos jurisdicional: o objetivo, o funcional e o territorial.

Em apertada síntese, poderíamos dizer que o critério objetivo leva em consideração fatores ligados diretamente à causa, tais como a matéria sobre qual versa, seu valor e a qualidade das pessoas envolvidas. O critério funcional leva em conta as funções para as quais é chamado o magistrado a exercer em determinado processo. Por último, o critério territorial, como o próprio nome sugere, liga-se à fixação da competência levando-se em consideração fatores geográficos de localização das partes e dos bens objetos do litígio.

No que concerne ao primeiro dos critérios citados, qual seja o objetivo, o fator de determinação que mais nos interessa no presente trabalho é aquele que fixa a competência em razão da pessoa (competência *ratione personae*). Dissertando sobre o tema Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, bem destaca que

No Brasil, a competência *ratione personae* é de grande importância, sendo o principal e tradicional critério para fixação da competência da Justiça Federal, além de se fazer também sentir na Justiça dos estados, diante das varas de Fazenda Pública.¹⁰⁰

⁹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., nota 84, p. 230.

⁹⁹ Registre-se que, muito embora esta classificação tenha feito escola na doutrina brasileira e conquistado a adesão da maior parte dos processualistas, há parte da doutrina que ainda diverge da classificação chiovendiana. Contudo, tendo em vista o caráter meramente introdutório com o que o tema é neste trabalho tratado a classificação de Chiovenda, pela tradição e fins didáticos, será aqui adotada sem maiores críticas.

¹⁰⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Competência cível da Justiça Federal**. 2006. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33-34.

A fixação da competência, nesses casos, não leva em consideração nenhum outro fator inerente ao processo, que não a existência de pessoas jurídicas integrantes da estrutura estatal na relação processual.¹⁰¹

A competência *ratione personae* é disciplinada pelas mesmas regras que regem a competência em razão da matéria, vale dizer: é inderrogável pela vontade das partes e pode ser conhecida pelo juiz de ofício (art. 113 do CPC).¹⁰²

Abaixo serão vistas as principais nuances que envolvem o instituto da competência *ratione personae* na Justiça Federal e Estadual.¹⁰³

2.3.2. Competência nas causas da Fazenda Pública estadual e municipal

De acordo com o art. 22, I da CRFB, a definição da competência cabe exclusivamente à alçada legislativa da União, uma vez que sua fixação se dá por norma de caráter inequivocamente processual. As normas nacionais (incluindo, por óbvio a Constituição) nada tratam do instituto da competência *ratione personae* afeta aos Estados, Municípios, Distrito Federal e suas respectivas entidades da administração indireta, com exceção de raras disposições constitucionais ligadas a tribunais superiores (art. 102, I, “e” e “f”; art. 105, I, “g” e II, “b”).

¹⁰¹ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 92, p. 63-64.

¹⁰² Nesse sentido CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 92.

¹⁰³ O estudo da competência nas Justiças Especiais, especialmente a do Trabalho, por envolver caracteres especiais e complexos não comportam uma análise apropriada no bojo desta dissertação, pelo que não merecerá abordagem. Para um estudo pormenorizado sobre as ações envolvendo o Poder Público no processo do trabalho, vide excelente trabalho de Carolina Tupinambá: **A Fazenda Pública e o Processo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Todavia, tendo sido outorgado aos Estados a possibilidade de legislarem sobre organização judiciária (art. 96, II, “d” da CRFB), é comum que tais diplomas legais, que regulam o funcionamento dos tribunais, definam varas especializadas para o conhecimento de demandas em que figuram como parte pessoas jurídicas de direito público estaduais e municipais, o que, incontestavelmente, é perfeitamente lícito.

Os Estados e o Distrito Federal, ao criarem essas varas especializadas, estão, tão somente, fixando, no âmbito territorial de determinada comarca, mais um critério objetivo de divisão de competência (*rectius*, exercício da função jurisdicional), fixação esta que não afasta os demais critérios previstos na legislação processual de âmbito nacional (em especial no CPC).

Destarte, a fixação da competência em juízos fazendários especializados presentes em determinada base territorial do estado membro (via de regra na capital) é realizada de forma a *posteriori*, ou seja, após a incidência de todos os critérios determinativos expressos na legislação processual nacional. Em outras palavras, antes da investigação acerca da competência do juízo fazendário deve ser apurado perante qual base territorial há de ser a demanda proposta.

Assim, invariavelmente são as normas processuais de âmbito nacional, que definem todos os demais fatores de determinação da competência e reclamam tratamento privilegiado com relação aos fatores erigidos pelos códigos de organização judiciária estaduais.

Nessa linha, qualquer tentativa legiferante estadual tendente a fixar como critério primeiro a competência *ratione personae*, em detrimento de outros indicados pelas normas de âmbito nacional de fixação de competência, deve ser tida por irregular, eivada que é de vício

de inconstitucionalidade por invasão de competência legislativa reservada exclusivamente à União.¹⁰⁴

A regra geral orientadora de fixação da competência a ser observada, portanto, também no que tange aos litígios envolvendo os Poderes Públicos estadual e municipal, é aquela diposta no art. 94 do CPC, segundo a qual as ações devem ser propostas no foro em que estiver domiciliado o réu.¹⁰⁵ No que se refere aos Municípios essa assertiva não encontra muita resistência, já que, como regra, devem ser demandados no foro de sua própria sede, que sempre coincidirá com os limites territoriais da comarca que o compreende.

Contudo, no que tange aos Estados, muito se tem falado a respeito da necessidade de os mesmos serem demandados na cidade sede dos serviços administrativos de seus respectivos Poderes. Para uma visão correta sobre esse tema, é necessário, inicialmente, ter em mente que não se deve confundir a situação das pessoas jurídicas privadas, em que via de regra, coincidem o local de sua sede e de seu domicílio, com o caso dos Estados. Estes, por sua natureza e âmbito de abrangência de poder, espraiam seu raio de atuação por todo seu território, sendo ilegítima a eleição de um único município para o tratamento de todos os seus interesses na via judicial.

Além disso, a previsão desses foros estaduais exclusivos representa efetivo prejuízo ao cidadão, que, residindo em comarca diferente da capital do estado, estaria obrigado a se deslocar até a sede do ente estadual para fazer valer o seu direito de ação. Sem dúvida,

¹⁰⁴ Nesse sentido coloca-se o enunciado sumular número 206 do Superior Tribunal de Justiça: “A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis do processo”. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁰⁵ Humberto Dalla Bernardina de Pinho bem registra que: “A doutrina costuma estabelecer distinção entre a competência territorial geral e a especial. A primeira obedece à regra *actor sequitur forum rei*, consoante a qual as ações devem ser propostas no foro em que estiver domiciliado o réu (art. 94 e ss., do CPC). Por outro lado, quando a competência for fixada em função da situação da coisa sobre que versa a lide, ou das qualidades de pessoa envolvida na lide, ou ainda do local em que ocorreram os fatos litigiosos, diz-se que a competência territorial será especial.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 117.

portanto, que os valores do acesso à justiça, baseados, entre outros pontos, na democratização, na facilitação da ação e da defesa e no bom desenvolvimento do processo, proíbem que tal solução seja cogitada e empregada no sistema processual brasileiro.¹⁰⁶

2.3.3. A Justiça Federal e sua competência

A instituição da Justiça Federal no Brasil teve seu nascedouro com o movimento revolucionário republicano e foi consolidada com a promulgação da Constituição de 1981,¹⁰⁷ por força do novo modelo federativo que rompia com a forma unitária de Estado vigente no Brasil Império.

A Justiça Federal foi mantida, com algumas modificações, pela Constituição de 1934 e suprimida pela Carta de 1937. A Constituição de 1946, embora tenha previsto o Tribunal Federal de Recursos, não restabeleceu a Justiça Federal e delegou aos juízes estaduais a competência para julgamento das ações que antes lhes eram afetas. Com o ato institucional n. 02, de 27.10.1965, foi restabelecida a Justiça Federal de primeiro grau e mantida, em suas linhas criadoras, na Constituição de 1967, mesmo após a alteração proporcionada pela Emenda Constitucional nº 01, de 17.10.1969.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “os estados federados podem ser demandados, tanto no foro da capital como no local em que ocorreu o fato em torno do qual se desenvolve a lide (CPC, art. 100).” Recurso Especial nº 33695-1-MG. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 23 de maio de 1994. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008. No mesmo sentido: Recurso Especial nº 34816-MG. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 08 de fevereiro de 1995; Recurso Especial nº 67186-SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 19 de junho de 1995; Recurso Especial nº 46385-SC. Rel. Min. Adhemar Maciel, 16 de dezembro de 1996.

¹⁰⁷ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes esclarece que a criação da Justiça Federal, na verdade, antecede ao marco constitucional de 1891, tendo sua instituição atribuída ao Decreto 848, de 11.10.1890, editado pelo Marechal Deodoro da Fonseca com base na Constituição Provisória, corporificada no Decreto 510, de 22.06.1890. MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit., nota 100, p. 21).

¹⁰⁸ Ibid., p. 23-26.

A Constituição de 1988 trata especificamente da Justiça Federal em seus artigos 106 a 109, devendo a mesma, em sentido estrito, ser entendida em conformidade com o art. 106 da CRFB, tendo sua formação restrita aos Tribunais Regionais Federais e aos Juízes Federais.¹⁰⁹

Ao presente estudo interessa, especialmente, o art. 109, I da CRFB, que outorga à Justiça Federal de primeira instância competência para processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Trata-se, obviamente, de competência *ratione personae*, de caráter absoluto, fixada em razão da presença no processo de um dos entes estatais citados pela norma constitucional.

Conforme se extrai do texto, a competência da Justiça Federal é atraída pela participação no processo de quaisquer dos entes federais citados. A competência da Justiça Federal será manifesta, portanto, sempre que quaisquer desses entes demandarem ou forem demandados; neste último caso, por óbvio, caberá ao autor da demanda apresentar o seu pleito junto à Justiça Federal.

A competência federal se impõe, ainda, à luz da literalidade do texto constitucional, nos casos em que a União, suas autarquias ou empresas públicas intervenham no processo na qualidade de assistentes (art. 50 a 55 do CPC) ou oponentes (56 a 61 do CPC). Não obstante o silêncio constitucional a respeito das demais modalidades de intervenção de terceiros previstas no CPC, quais sejam, a nomeação à autoria (art. 62 a 69), a denunciação da lide (art. 70 a 76) e o chamamento ao processo (art. 77 a 80), vem entendendo a doutrina, de forma tranqüila, que tais espécies também estariam contempladas pelo dispositivo em questão.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ibid., p. 27.

¹¹⁰ Ibid., p. 86.

2.3.4. A competência dos juizados especiais para julgamento das causas envolvendo a Fazenda Pública

Os juizados especiais, previstos pelo constituinte originário no art. 98, I da CRFB, foram criados, no âmbito dos Estados, a partir da edição da Lei 9.099, de 26.09.1995, procurando garantir o princípio do acesso à justiça principalmente através da valorização dos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou transação (art. 2º da Lei 9.099/95). Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a respeito da Lei dos Juizados Especiais, afirma:

Ela promove a descentralização da justiça, priorizando a defesa individual de pessoas menos favorecidas, de forma gratuita, simples e rápida e, se necessário, com plena assistência judiciária, procurando assegurar a igualdade de armas e, assim, o exercício da cidadania. Incentiva a utilização de equivalentes jurisdicionais, bem como a participação popular na administração da justiça, democratizando-a.¹¹¹

Os juizados especiais, acima de tudo, representam uma das facetas mais significativas da luta pela ampliação do acesso à justiça, principalmente para os cidadãos mais carentes de recursos.

Conquanto a reconhecida finalidade voltada à ampliação do acesso à justiça, caracterizada, dentre outros pontos, pela supressão das custas e honorários em primeira instância e pelo abrandamento das formalidades dos atos processuais praticados em seu âmbito, o art. 8º, § 1º, da Lei 9.099, de 26.09.1995, vedou a participação das pessoas jurídicas

¹¹¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 113.

de direito público e das empresas públicas da União, nos processos de competência dos JEC's.¹¹²

Logo, no âmbito dos Estados, apenas podem figurar no pólo passivo das demandas de competência dos juizados especiais cíveis¹¹³ as sociedades de economia mista, as fundações de direito privado (de qualquer esfera federativa) e as empresas públicas estaduais e municipais.

A Lei 10.259, de 12.07.2001, regulamentando o art. 98, §1º da CRFB,¹¹⁴ instituiu os juizados especiais também no âmbito da Justiça Federal, determinando a aplicação subsidiária dos preceitos contidos na Lei 9.099/95 (art. 1º). Levou-se, dessa forma, à órbita federal, um sistema processual que vinha sendo utilizado há um bom tempo e com bons resultados nos Estados.¹¹⁵

A limitação subjetiva imposta pela Lei 9.099/95 não prevaleceu no modelo implantado no âmbito federal, tendo o art 6º, inciso II, da Lei 10.259/01, possibilitado, de forma expressa, a figuração da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas, no pólo passivo das demandas propostas junto aos novéis órgãos jurisdicionais especiais.

Dentro da competência legal fixada para os juizados especiais federais, destarte, não há, em função da qualidade da parte estatal demandada, qualquer limitação. Ao contrário, o art. 3º, da Lei 10.259/01 estabelece uma competência amplíssima, possibilitando aos juizados o conhecimento de praticamente todas as causas de competência da Justiça Federal, até o

¹¹² A vedação foi legítima e ocorreu em função de o art. 109, I da CRFB atribuir à Justiça Federal a competência para julgamento das causas em que são parte as empresas públicas federais.

¹¹³ As demandas de competência dos juizados especiais estaduais são aquelas previstas no art. 3º da Lei 9.099/95, destacando-se a competência em razão do valor da causa, fixada no inciso I, que limita a alçada em quarenta salários mínimos.

¹¹⁴ A previsão textual a respeito dos juizados especiais federais foi inserida na CRFB por meio da Emenda Constitucional nº 22, de 18.03.1999.

¹¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Tutela jurisdicional de urgência nos juizados especiais federais**. In: Revista Dialética de Direito Processual. n. 2. São Paulo: Oliveira Rocha, maio 2003. p. 7.

valor de sessenta salários mínimos. As hipóteses de exceção à competência dos juizados previstas no texto legal (art. 3º, §1º da Lei 10.259/01) levam em conta apenas critérios materiais ligados à natureza da causa, sendo indiferente a qualidade do ente estatal demandado.¹¹⁶

Diante disso, pode se afirmar que, em se tratando de competência, vigoram, hodiernamente, em sede de juizados especiais, dois modelos diferentes: um no âmbito estadual, em que o critério *ratione personae* é utilizado para afastar da sua competência o julgamento das causas envolvendo a Fazenda Pública estadual e municipal; e outro no âmbito federal, mais amplo, isonômico e democrático, que possibilita o acesso à via mais fácil, barata e expedita também para o cidadão reivindicar direitos seus em face da Fazenda Pública Federal.

Essa disparidade de tratamento processual entre as esferas federativas não encontra qualquer razão de ser, explicando-se apenas em função do excessivo atraso na produção de normas que tem marcado a atuação do Poder Legislativo brasileiro. Enquanto a legislação sob crítica não se altera, é a população que permanece alijada de um mecanismo processual barato, rápido e informal para fazer valer suas pretensões em face do Poder Público Estadual.

Talvez isso passe por um temor dos entes federativos a respeito do que foi denominado por Kazuo Watanabe de “litigiosidade contida”,¹¹⁷ que a toda evidência existe com relação a diversos “pequenos descontentamentos” que a população em geral possui

¹¹⁶ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes bem registra que “embora a Constituição fixe a competência federal em razão apenas da presença da União, entidade autárquica ou empresa pública, na qualidade de parte ou em função de uma das modalidades de intervenção de terceiros, nos Juizados Especiais Federais a atuação dos entes federais estará limitada à condição de demandadas, nos termos do art. 6º, inciso II, da Lei 10.259/2001. Assim sendo, não poderão figurar no pólo ativo ou em decorrência de intervenção de terceiro.” MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit., nota 100, p. 177.

¹¹⁷ WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas**. In: WATANABE, Kazuo (org.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 2.

contra os poderes públicos estaduais e municipais, e que não são levados ao Judiciário principalmente em razão de fatores econômicos e temporais.

Urge, dessa forma, a necessidade de revisão da Lei 9.099/95, para dela excluir a vedação de se demandar, em sede de juizado especial, contra os poderes públicos estaduais e municipais. A instituição dos juzados federais sem essa limitação demonstra que não há óbices jurídicos para que isso ocorra, restringindo-se a opção em voga para os tribunais estaduais apenas como um capricho odioso de cunho político legislativo, que vem prejudicando o exercício completo da cidadania.

2.4. Representação judicial do Poder Público

2.4.1. A capacidade processual no direito pátrio

A capacidade processual constitui pressuposto processual de validade do processo e seu estudo se divide na análise de três aspectos: a capacidade de ser parte, a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória.

A respeito do primeiro deles, ensina Sérgio Bermudes:

A personalidade, atributo unicamente das pessoas, dá a elas a *capacidade de ser parte*, o primeiro dos pressupostos processuais relativos às partes e aos terceiros intervenientes na relação processual. A lei processual não regula a personalidade, objeto das normas de direito material. Entretanto, paralelamente às pessoas físicas ou jurídicas, o Direito Processual confere personalidade a certos entes, para que eles possam ingressar no processo; trata-se das chamadas pessoas formais, universalidade a que a lei atribui a condição de pessoas, por exemplo, o espólio, a herança jacente ou vacante, a massa falida, o condomínio e as sociedades

não constituídas regularmente. A capacidade de ser parte se confunde, então, com a personalidade; é decorrência dela e sem ela o requisito não se configura.¹¹⁸

O segundo desses aspectos, também denominado *legitimatío ad processum*, atine à aptidão que tem a pessoa, natural ou jurídica, de estar em juízo. A capacidade de estar em juízo nada mais é que reflexo, no âmbito do processo, da capacidade de fato ou de exercício regida pelo Direito Civil.¹¹⁹

O último aspecto envolvendo o tema, qual seja, a capacidade postulatória, pode ser definida como a aptidão da parte para atuar, no processo, perante o Estado-Juiz.¹²⁰ Trata-se de requisito que, em regra, só pode ser suprido através da atuação de profissional do direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.¹²¹

De fato, o art. 36 do CPC dispõe que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado, a quem caberá, praticar, em seu nome, todos os atos do processo, com exceção daqueles considerados de natureza especial ou que digam respeito à disposição do próprio direito material.¹²² O instrumento que habilita o advogado a postular em juízo em nome da parte é a procuração, sem a qual, via de regra,¹²³ o advogado não será admitido a postular em juízo (art. 37 do CPC).

¹¹⁸ BERMUDEDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 107.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 161.

¹²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., nota 85, p. 205.

¹²¹ A regra tem como principais exceções: a) a postulação, na primeira instância dos juizados especiais, para o ajuizamento de pretensões até 20 salários mínimos (art. 9º, da Lei 9.099/95); e b) na Justiça do Trabalho, o empregado pode demandar pessoalmente sem a necessidade de advogado (art. 791, da CLT). Cabe ressaltar que os membros do Ministério Público, muito embora não sejam inscritos na OAB, também possuem capacidade processual, que decorre, *in re ipsa*, da sua própria função institucional (art. 129 da CRFB) e tem respaldo no art. 81 do CPC.

¹²² Para estes atos é necessária autorização especial e expressa no instrumento de mandato.

¹²³ O próprio art. 37, do CPC, segunda parte, traz exceção à regra, possibilitando que o advogado sem mandato postule em nome da parte para “evitar decadência ou prescrição” do direito material ou para “praticar atos reputados urgentes”. Prescreve a parte final do mesmo dispositivo que “nestes casos, o advogado se obrigará,

A procuração deve ser outorgada ao advogado, pela pessoa natural ou por quem a represente (art. 8º do CPC). No tocante especificamente às pessoas jurídicas, a disciplina da representação tem assento no art. 12 do CPC cujas peculiaridades no que se refere aos entes estatais (incisos I, II e VI do artigo citado) serão vistas a seguir.

2.4.2. A capacidade processual dos entes fazendários: características gerais

Como visto no item anterior, a pessoa natural ou jurídica deve ser representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogado do Brasil, não fugindo da regra a representação que se faz da Fazenda Pública.

Os representantes da advocacia pública são, assim, antes de tudo, advogados, cabendo a eles, de forma privativa, a postulação junto a qualquer órgão do Poder Judiciário e as atividades de consultoria, assessoria e direções jurídicas (art. 1º da Lei 8.906/94). Como tais, os advogados públicos submetem-se, por extensão, às obrigações e prerrogativas próprias dos demais causídicos, até quanto ao regime disciplinar, sendo-lhes asseguradas, inclusive, a isenção técnica e a independência funcional inerentes ao exercício da advocacia.¹²⁴

A Constituição tratou da advocacia pública em seus artigos 131 e 132, limitando-se a estabelecer regras sobre os serviços jurídicos da União, Estados e Distrito Federal. A omissão da Constituição com relação aos municípios foi proposital e ditada pelo bom senso, visto que

independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.”

¹²⁴ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 92, p. 81.

os entes municipais existentes no País têm portes dos mais variados, a demandar ou não a instituição de uma procuradoria jurídica própria.¹²⁵

A Carta Magna cuidou, ainda, de deixar clara a separação entre as atribuições do Ministério Público e o mister de representação das entidades públicas. Além disso, tratou de disciplinar, em linhas gerais, a carreira de advogados e procuradores públicos, impondo sua seleção através da realização de concurso de provas e títulos (art. 131, § 2º).

Os procuradores públicos, uma vez investidos no cargo, adquirem poder de representação dos entes estatais tão só pela sua condição funcional, estando dispensados da comprovação do mandato judicial, o que representa exceção à regra do art. 37 do CPC. O poder de representação advém diretamente da nomeação para o cargo e abrange os poderes contidos na cláusula *ad judicium*.

Os atos de disposição de direito material não estão abrangidos no conteúdo do poder de representação, não podendo os procuradores públicos, como regra, salvo autorização legal específica, promoverem, entre outras medidas: a desistência da ação, o reconhecimento jurídico do pedido ou a renúncia ao direito em que se funda a ação (isso decorre da regra da indisponibilidade afeta aos interesses públicos). Todos os demais atos processuais que não importem disponibilidade do interesse estatal estão contidos na cláusula de representação processual dos advogados públicos.

Registre-se, por fim, que mesmo dispondo de servidores de carreira para representação judicial de seus interesses, não é defeso à União, Estados e Municípios contratar advogados particulares para representá-los por ocasião de certas demandas específicas, para as quais, em função da complexidade ou da extraordinariedade, se exija elevado grau de expertise sobre

¹²⁵ Ibid.

determinada área de conhecimento jurídico.¹²⁶ Contudo, diferentemente da representação realizada pelos procuradores públicos, que prescinde da prova de existência do mandato (procuração), o advogado contratado que atua em nome do Poder Público deverá, impreterivelmente, fazer prova do mandato que lhe fora outorgado pela entidade estatal.

2.4.3. A representação da União em juízo

Como se extrai da leitura da norma constitucional do art. 131, a União é representada processualmente pela Advocacia Geral da União (AGU). A Lei Complementar 73, de 10.03.1993 e a Lei 9.028, de 12.04.1995, regulamentam o preceito constitucional citado e dispõem sobre a estrutura e atribuições da AGU.

Conforme explica João Carlos Souto

A Advocacia-Geral da União compõe-se de duas Procuradorias, a Geral da União e a Geral da Fazenda Nacional. Ambas estão em pé de igualdade no que se refere à posição dentro da instituição. Ambas se subordinam ao Advogado-Geral da União. Ambas defendem a União em juízo. Diferem, entretanto, numa série de outros fatores, o mais importante deles concernente ao objeto de cada uma em juízo. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defende a União nas causas de natureza tributária. A seu turno, a Procuradoria-Geral se encarrega da defesa judicial da mesma pessoa jurídica em todas as causas que não sejam de natureza tributária. Poder-se-ia dizer que a competência é fixada por exclusão.¹²⁷

A estrutura representativa da Advocacia da União segue, em linhas gerais, o organograma geográfico da Justiça Federal. Em outras palavras, além de órgãos da AGU que respondem especificamente pela defesa em juízo da União junto aos tribunais superiores

¹²⁶ Nesse sentido, Agravo Regimental na Petição nº 409-AC. Rel. Min. Celso de Mello, 18 de abril de 1990. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹²⁷ SOUTO, João Carlos. **A União Federal em juízo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89-90.

(STF, STJ, TST e TSE), há aqueles que atuam junto aos Tribunais Regionais Federais, às Seções Judiciárias Federais (Estados) e aos Municípios que abrigam varas federais (via de regra, há representantes da AGU em todos os locais onde se encontram instalados órgãos da Justiça Federal).

2.4.4. A representação dos Estados

Nos Estados, a representação processual, conforme prescrito no art. 132 da Constituição, é exercida por procuradores de carreira, ingressos no serviço público por meio de concurso.

As leis estaduais estabelecem as atribuições dos respectivos cargos integrantes da estrutura dos órgãos jurídicos em simetria com o regime federal referente à Advocacia Geral da União. De peculiar aos estados em relação à União há o fato de, tradicionalmente, ser delegado apenas ao Procurador Geral do Estado a legitimidade para receber citações, fato, que a toda evidência, causa extremo retardo à marcha do processo, em razão de forçar a expedição de carta precatória destinada ao juízo onde se localiza a sede dos serviços jurídicos, naquelas ações que não têm tramitação neste foro.¹²⁸

2.4.4. A representação dos Municípios

¹²⁸ Exemplo disso é o art. 6º, inciso, XXVII da Lei Complementar 15, de 25.11.1980, do estado do Rio de Janeiro. O dispositivo citado reza que “compete ao Procurador-Geral do Estado, sem prejuízo de outras atribuições, receber as citações iniciais ou comunicações referentes a quaisquer ações ou processos ajuizados contra o Estado, ou nos quais deva intervir a Procuradoria Geral do Estado.” Disponível em <http://www.pge.rj.gov.br/legislacao.asp>. Acesso em: 10 jan. 2008.

Quase tudo que se disse com relação à União e aos Estados pode ser aplicado aos municípios. Os procuradores municipais, titulares de cargos efetivos, são, como regra, os representantes do ente federativo local em juízo.

A particularidade com relação aos entes municipais refere-se à possibilidade de representação judicial do município, de forma concorrente com os procuradores, pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, conforme se extrai do inciso II, do artigo 12 do CPC. Curiosamente, diferente do que fez com os demais entes federativos (União, Estados e Distrito Federal), o texto legal não atribui com exclusividade aos procuradores jurídicos a tarefa de representação em juízo do município, legitimando, para tal, também os prefeitos. Cabe esclarecer, todavia, que a presença da autoridade máxima do Executivo municipal no rol de representantes judiciais de tais entes não quer induzir que estes irão necessariamente atuar processualmente em juízo.¹²⁹ Na realidade o que a disposição tem por intenção é possibilitar que os municípios possam ser, alternativamente, representados, tanto por seu prefeito quanto por seus procuradores jurídicos.

Isso ocorre porque os milhares de municípios do País possuem características estruturais, demográficas e financeiras muito distintas, sendo que a existência de órgãos jurídicos estruturados para a defesa perene dos assuntos jurídicos da municipalidade pode muitas das vezes não ser condigna com as características locais.

Havendo a figura do procurador municipal, criada e regulada por lei municipal com a função expressa de representação do ente político (nos moldes existentes na União e nos Estados) deve ser a ela atribuído o mister de representação judicial do ente local, dando-lhe,

¹²⁹ Cabe lembrar que o exercício da função de Chefe do Poder Executivo é incompatível com o exercício da advocacia (art. 28, inciso I, da Lei 8.906/94) o que retira do prefeito, mesmo que seja advogado por formação, a sua capacidade postulatória. Nesse sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 26; e PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 92, p. 86-87. Contra, entendendo que a defesa da Fazenda Municipal pode ser feita pelo próprio prefeito, caso seja ele advogado, SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1. São Paulo: RT, 2000, p. 96.

inclusive, preferência para o recebimento das citações das ações que o envolvam.¹³⁰ Não havendo, o ente municipal será citada na pessoa do prefeito, esgotando aí o seu papel no processo; após a citação, deverá diligenciar para que a defesa do município em juízo ocorra por profissional devidamente habilitado para tal mister, qual seja, o advogado.

2.4.5. A representação das entidades da Administração Indireta

Sendo a parte do processo autarquia ou fundações de direito público a sua representação, como regra, deve ser feita por procuradores de carreira e também dispensa a apresentação de mandato.¹³¹

Caso inexistente na estrutura da entidade órgão jurídico próprio voltado à defesa de seus interesses jurídicos, a representação inicial da entidade (apenas para fins de citação) é exercida pelo agente ou dirigente indicado na sua lei criadora ou em seus estatutos.

No âmbito federal, de acordo com o art. 10 da Lei 10.480, de 02.06.2002, a representação dessas entidades é feita pela Procuradoria-Geral Federal, órgão integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União.

Empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado também são representados em juízo por advogados (de carreira interna ou

¹³⁰ Nesse sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 26.

¹³¹ Assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: “Consoante orientação da Eg. Corte Especial, as autarquias, juntamente com as fundações públicas, estão dispensadas de apresentar instrumento de mandato nas causas em que litigam, sendo suficiente a mera indicação do profissional habilitado, dispensável, também, a autenticação de documentos por notário público, bastando seja feita por servidor pertencente aos seus respectivos quadros”. Recurso Especial nº 103610-SP. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 20 de maio de 1998. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

contratados) que, contudo, não se eximem, para fins de regularidade da representação, de apresentar o instrumento de mandato na forma exigida pelo art. 36 do CPC.

**CAPÍTULO TERCEIRO – AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA
PÚBLICA**

3.1. Prerrogativas processuais: fundamentos

Como já visto em passagem anterior deste trabalho, o regime jurídico de direito público cogentemente aplicável às relações jurídicas em que o Estado é parte no exercício do poder de império, estabelece, com relação aos entes estatais, uma série de prerrogativas e sujeições que os distinguem, no mundo jurídico, das pessoas privadas.

As peculiaridades ligadas ao status próprio da personalidade estatal, enquanto ente que aglutina todos os indivíduos e interesses existentes na sociedade, faz com que a Fazenda Pública ostente condição jurídica diferenciada das demais pessoas. Tais condições diferenciadas são observadas tanto no campo material (prerrogativas substanciais) quanto no campo processual (prerrogativas processuais).

As chamadas prerrogativas processuais podem, assim, ser compreendidas como um conjunto de vantagens processuais, em relação às demais partes, concedidas à Fazenda Pública quando atuante em juízo.

O fundamento para a adoção desse regime de vantagens processuais reside, principalmente, no argumento de que as prerrogativas atuam de forma a proporcionar uma melhor e mais segura defesa processual dos interesses públicos geridos pela Fazenda, além de servir para adequar a sistemática processual civil vigente às peculiaridades inerentes ao regime de direito público.

As vantagens exclusivas da Fazenda Pública já foram objeto de estudo de Pontes Miranda para quem o fundamento do tratamento diferenciado estaria presente no fato de precisarem os representantes da Fazenda de informações e provas que, dada a robustez da

estrutura do Estado, levam mais tempo para serem produzidas e processadas que na esfera privada.¹³²

Fatores de deficiência na defesa em juízo da máquina administrativa estatal também são levados em consideração quando da análise da conformação do sistema de prerrogativas ao primado da igualdade.

Afora esses fundamentos, inseridos no “discurso oficial” em defesa das prerrogativas fazendária, há um outro fundamento real, mas inconfessável, por parte do Executivo e Legislativo, que se refere a um certo grau de desconfiança na atuação do Poder Judiciário (em especial o de primeira instância) no que diz respeito a assuntos de interesse das outras esferas de Poder.

3.2. Prerrogativas: princípio da isonomia e proporcionalidade

É tradição do direito brasileiro prever vantagens processuais para a Fazenda Pública, sob o fundamento de que a importância do direito público prevalece, em certos casos, sobre o princípio da isonomia entre os litigantes.¹³³

Interessa, todavia, quando da promoção de uma análise crítica sobre o sistema de prerrogativas hoje vigente, identificar até que ponto cada uma delas se impõem como estritamente necessárias ao equilíbrio substancial da relação processual entre Estado e particular. Importante, ainda, verificar até que ponto a previsão destas prerrogativas no sistema processual constitui ferramenta legítima e adequada aos fins colimados pelo Estado e

¹³² MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 145.

¹³³ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Princípio da isonomia e a Administração Pública em juízo**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília/DF, n. 43, 2006. p. 10.

se o prejuízo que a mesma representa à efetivação plena de uma série de garantias ligadas ao processo (dentre elas a garantia da tutela jurisdicional adequada e em tempo razoável) deve ser aceita como proporcional ao benefício gerado à coletividade.

A análise acerca da legitimidade e conformidade das prerrogativas processuais hoje vigentes em favor da Fazenda Pública envolve, portanto, a análise obrigatória de dois princípios jurídicos: o princípio da isonomia e o princípio da proporcionalidade.

Firmada essa premissa verifica-se, *prima facie*, que muitas das prerrogativas elencadas podem colocar em xeque o princípio da isonomia substancial, garantido pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*) e mesmo pelo próprio Código de Processo Civil (art. 125, I).

Nessa linha, o questionamento que se coloca é o seguinte: será que o legislador processual procurou realmente mitigar a regra da igualdade, tendo em vista o caráter público do interesse defendido pela Fazenda Pública (interesse primário), ou será que, pura e simplesmente, quis proteger seus interesses próprios, enquanto ente dotado de personalidade jurídica e patrimônio próprios (interesse secundário)? Pragmaticamente a investigação que se provoca tem por fim diferenciar verdadeiras e legítimas prerrogativas de vetustos e ilegítimos privilégios processuais.

Inicialmente, fundamental para a resposta que se pretende dar é a análise acerca do conteúdo da garantia da igualdade substancial outorgada pelo art. 5º, *caput*, da CRFB, norma que, segundo prega a totalidade da doutrina constitucionalista, tem por destinatário precípua o Poder Legislativo, a quem cabe sua observância quando da elaboração das leis. Dita cláusula constitucional garante não a isonomia propriamente dita e sim a vedação de discriminações injustificadas e ilegítimas. Como bem anota Hélio do Valle Pereira

A lei tem por função discriminar (...) Distinção sempre haverá – e, por vezes, será fator de orgulho para o sistema jurídico. Odiosa é a diferenciação maliciosa ou ofensiva a outros valores jurídicos correlatos.¹³⁴

E para perquirir a constitucionalidade de determinada norma frente ao princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello propõe uma certa operação cognitiva, que se realiza em três etapas sucessiva, a saber: a) discernir o elemento tomado como fator de determinação; b) verificar a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) analisar a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte jurisdicizados.¹³⁵

A essência da resolução da problemática está, portanto, na definição da legitimidade do aspecto discricionário do legislador, submetendo-o a juízo crítico, com vistas a impedir que o princípio da igualdade seja violado, por uma pseudomanifestação do interesse público primário.

Conforme explica Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

De fato, o Estado, como parte processual, não deve ser tutelado como seu cidadão comum, porque a isonomia que se propaga com o princípio do Estado de Direito deve ser limitada pelas regras essenciais ao funcionamento e à própria existência do Estado. Não obstante, tais vantagens, na verdade prerrogativas, devem ser estritamente necessárias à compensação de desigualdades, sob pena de configurarem odiosos privilégios.¹³⁶

A tutela judicial, que pressupõe lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo, deve ser capaz de reparar ou inibir com efetividade o dano e, para isso, é indispensável que no

¹³⁴ PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 22.

¹³⁵ MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 21.

¹³⁶ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Op. cit., nota 133, p. 10.

processo haja igualdade de armas entre os litigantes; a relação de subordinação, nos tribunais, entre Estado e cidadão somente deve proteger o patrimônio público em sentido estrito, como os bens afetos a serviços essenciais à coletividade.¹³⁷ Nessa linha, a previsão de prerrogativas meramente processuais em prol da Administração, sem qualquer correlação lógica com peculiaridades afetas ao direito material administrativo, deve ser de toda repudiada.

Ainda debruçado sobre a análise do primado da isonomia, mas saindo do plano de discussão teórico para o pragmático, verifica-se que, no estágio atual de evolução estrutural do Estado brasileiro, várias das prerrogativas processuais vigentes precisam ser avaliadas com maior atenção e cuidado.

No dia-a-dia do foro, a condição de *litigante habitual*, que pode ser imputada à Fazenda Pública, possibilita a ela uma série de vantagens em termos de condução e resultados dos processos, em relação aos chamados *litigantes eventuais*,¹³⁸ classe na qual está inserida a imensa maioria dos cidadãos que litigam com o Poder Público.

Como bem anota Fernando de Castro Fontainha, em artigo sobre o tema:

No aspecto cultural e político, seus procuradores gozam de *status* mais elevado que os “simples” advogados, o que lhes garante maior mobilidade diante dos magistrados e das instâncias decisórias. Acompanham o fluxo burocrático do poder. Seus defensores estão mais conectados com as instabilidades e decisões do governo, e, ao defenderem o “interesse

¹³⁷ Ibid., p. 7-8.

¹³⁸ A distinção e terminologia foram inicialmente utilizadas pelo Professor Marc Galanter (“*Afterword: Expaining Litigation*,” In *Law and Society Review*, v. 9, 1975), citado por Mauro Cappelletti em sua célebre obra *Acesso à Justiça*. O estudo realizado pelo professor norte-americano indica uma série de vantagens percebidas pelos litigantes habituais: 1) melhor planejamento face à maior experiência com a seara contenciosa do direito; 2) economia de escala em razão do volume de causas; 3) possibilidade de desenvolver relações informais e mais estreitas com os membros dos órgãos decisores; 4) possibilidade de diluir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) possibilidade de testar estratégias e teses com determinados casos, de modo a garantir expectativas mais favoráveis em ações futuras. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 25-26.

coletivo” e o “erário público”, outros benefícios lhe são garantidos, como o pagamento mediante precatório e a impenhorabilidade de seus bens.¹³⁹

Em função de tudo isso, reserva-se ao particular que litiga em face do Estado uma condição de extrema inferioridade no processo, que deflagra uma evidente violação do princípio da isonomia,¹⁴⁰ um dos pilares dos sistemas processuais democráticos modernos.

Por óbvio, tal situação não se coaduna com os preceitos principiológicos previstos no texto constitucional, já que contraria o ideal de isonomia substancial, se considerado o desequilíbrio abrupto e ilegítimo gerado entre particulares e Estado no atinente à relação processual.

Voltando ao ponto, a pergunta que se coloca é a seguinte: são legítimas as diferenciações processuais feitas em prol da Fazenda Pública? A melhor resposta é aquela que tende à ponderação e afirma que não podem ser consideradas como ilegítimas todas as vantagens outorgadas à Administração.

Concebe-se que algumas das prerrogativas hoje vigentes realmente guardam consonância com os interesses públicos, manifestos nas normas esculpidas na Constituição. Assim, por exemplo, parece em consonância com o interesse público ligado à boa gestão das finanças estatais, que o processo de execução contra a Fazenda Pública se desenvolva de forma especial, posto os atributos patrimoniais próprios que lhe tocam como ente jurídico *sui generis*, impondo-lhe certas restrições quanto ao pagamento em pecúnia (orçamento).

¹³⁹ FONTAINHA, Fernando de Castro. **Benefícios da Fazenda em juízo**. Revista CEJ, Brasília, n. 30, jul./set. 2005. p. 25.

¹⁴⁰ No sentido do texto, por todos: Ada Pellegrini Grinover (**Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: 1975, p. 42) e Cândido Rangel Dinamarco (**A reforma da reforma**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 127). Em sentido contrário, José Carlos Barbosa Moreira, pronunciando-se acerca de uma das prerrogativas da Fazenda Pública, o reexame necessário, defende que: “o critério decisivo é o da igualdade substancial e não da igualdade formal. À Fazenda Pública atribuem-se prerrogativas (...) em obediência ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, a fim de se atingir a igualdade substancial”. Ela não pode ser equiparada a um litigante qualquer, dada a natureza dos interesses que representa”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública**. In Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 203.

Contudo, outras vantagens colocadas em favor do Estado se constituem em verdadeiros privilégios, posto que se prestam a atender não ao interesse público e sim ao interesse da Fazenda Pública, enquanto ente jurídico personificado patrimonial.

Como emblemático a esta assertiva podem ser indicados os benefícios de prazos dilatados e das intimações pessoais que são outorgados à Fazenda Pública tão somente com o mote de suprir deficiências organizacionais próprias dos órgãos públicos pátrios. Tais prerrogativas, além de se constituírem em fator de atraso da marcha processual e, portanto, na contra-mão da garantia da razoável duração do processo, correspondem à verdadeira assunção de ineficiência administrativa por parte do Estado, repudiada pela norma constitucional expressa no art. 37, *caput* da Constituição.

Além disso, parece-nos que a disciplina do reexame necessário também se choca com as expectativas geradas pelo interesse da coletividade por uma justiça mais célere, que consiga, em tempo adequado, dar cabo aos conflitos de interesse que surgem na sociedade.

Outro exemplo de privilégio processual refere-se ao vetusto regime da suspensão de liminar, cuja inclusão no ordenamento jurídico se deu em um período autoritário da história brasileira.¹⁴¹ Não obstante sua gênese, tal instrumento continua sendo quotidianamente utilizado e aceito por nossas cortes (inclusive pelo STF, a quem cabe a guarda da Constituição), ao arrepio do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Carta de 1988.

Na linha do que é defendido, o professor Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva assenta que:

No Brasil, a única prerrogativa que parece ser verdadeiramente necessária para preservar o interesse público é a proibição de execução forçada em face de bens indispensáveis à existência do Estado e, indiretamente, a proibição de medidas de urgência, como liminares ou cautelares, que possam permitir a execução forçada e atingir bens necessários à existência do

¹⁴¹ A Lei 4.348/1964, que criou tal regime, foi promulgada três meses após o Golpe de 31 de Março de 1964.

Estado. Isto porque todas as demais prerrogativas existentes no Brasil, que são muitas, não têm fundamento no interesse público ou na supremacia do interesse público, e sim fundamento meramente processual, no interesse econômico do Estado.¹⁴²

Sob a perspectiva do acesso à justiça, torna-se imperioso, portanto, uma análise acerca de quão relevante e lesiva é a existência desse sistema diferenciado de prestação jurisdicional voltado a atender os interesses meramente patrimoniais do Estado. Num sistema constitucional democrático de proteção ao primado da dignidade da pessoa humana, como pretende ser o brasileiro, o interesse estatal precípua norteia-se pela realização e respeito às garantias individuais e coletivas consagradas em prol do cidadão, com o que será atingida a finalidade máxima do *welfare state* e, por consequência, atendido o verdadeiro interesse público.¹⁴³

Não se nega, por óbvio, que a Fazenda Pública, enquanto manifestação, no processo, do conjunto de todos os interesses que compõem a sociedade organizada, não deve prescindir de um tratamento especial, que lhe permita maior celeridade e eficiência na realização de seu mister. Contudo, esta discriminação deve ocorrer de forma proporcional e razoável, de modo a não gerar prejuízo ao cumprimento de outros fins igualmente protegidos e legitimados pelo interesse público.

É ilegítimo, portanto, afirmar que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública devem ser vistas de forma fria e dissociadas de todas as garantias processuais que hoje acolhem o cidadão. Valores ligados ao acesso à ordem jurídica justa hoje permeiam todo o ordenamento, tendo seu respaldo maior na Constituição Federal, que consagra, entre outras, a

¹⁴² SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Op. cit., nota 133, p. 10.

¹⁴³ Como bem ensina Hélio do Vale Pereira, “o interesse público aproxima-se dos valores superiormente encampados pela Constituição. Por isso o interesse público não se opõe ao Estado, mas também com ele não se confunde. O Estado, em verdade é um vetor do interesse público, instituição que há de estar voltada exclusivamente à sua consecução. Não está acima dele nem é a sua síntese. É mecanismo subserviente do interesse público”. PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 134, p. 41.

garantia à adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e ao tempo razoável de duração do processo (art. 5º, LVIII).

Prazos dilatados, reexame necessário, restrições à concessão de provimentos cautelares e antecipados, entre outros institutos que se inserem dentro dessa classificação, devem ser submetidos, nos tempos atuais, a avaliações e críticas, voltadas a contrapor-los à atual regência processual garantística consagrada, principalmente, após a Carta Constitucional de 1988. Como bem discorre Leonardo Greco:

A Constituição de 1988 inseriu-nos no novo Estado Democrático de Direito contemporâneo, estruturado com base no primado dos direitos fundamentais e da dignidade humana e da eficácia imediata e concreta desses direitos, entre os quais avultam os direitos de caráter processual.¹⁴⁴

Nada obstante todas as críticas que recaem sobre o regime de prerrogativas fazendárias, fato é que sua aceitação encontra-se, hodiernamente, bem estabilizada nos tribunais do País, razão pela qual a discussão nesta oportunidade travada tem importância muito mais acadêmica que prática.¹⁴⁵ Em função disso, não será objeto da análise que doravante se empreenderá, acerca de algumas das prerrogativas hoje vigentes, a constitucionalidade das normas que instituem privilégios processuais em favor dos entes

¹⁴⁴ GRECO, Leonardo. **As garantias fundamentais do processo na execução fiscal**. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.). **Execução civil (aspectos polêmicos)**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 250. No mesmo trabalho, o ilustre professor complementa a assertiva lembrando do atraso garantístico vivido no Brasil, que demorou mais de quarenta anos para ingressar “naquele momento histórico em que havia mergulhado grande parte da Europa Ocidental logo após as reconstitucionalizações subseqüentes ao término do 2º conflito mundial, nas quais as recém criadas Cortes Constitucionais exerceram um papel decisivo na concretização dos novos valores constitucionais, na revelação da eficácia e do alcance dos direitos constitucionalmente assegurados e nos limites impostos ao Estado nas suas relações para com os cidadãos” (p. 250).

¹⁴⁵ Como bem registra José Carlos Barbosa Moreira, “a esta altura, é puramente acadêmica a increpação; antes e depois da Carta de 1988, os tribunais brasileiros têm aplicado tranqüilamente, com certeza milhares de vezes, as disposições em foco, e não consta sequer que a respectiva vigência ou validade haja sido formalmente impugnada perante eles; estamos, pois diante de *ius receptum*, a cujo respeito só de *lege ferenda* vale a pena contender.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública**. In: Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 204.

públicos; em vez disso, buscar-se-á, tão somente, o enfrentamento das suas peculiaridades normativas e, em certa medida, dos efeitos processuais práticos desencadeados por elas.

Para o presente trabalho interessa-nos, em especial, uma concepção de *lege ferenda*, crítica ao sistema hoje vigente e à opção política do legislador brasileiro no que se refere à manutenção desse *status quo*. A proposta é de evidenciar o quadro normativo e prático hoje existente, diagnosticando os problemas que obstam o implemento das garantias processuais, para que, a partir deles, o movimento reformador passe a atuar.

Nos próximos tópicos, serão traçadas as principais prerrogativas processuais hoje vigentes no ordenamento pátrio em favor da Fazenda Pública. Por oportuno, a propósito da abordagem individualizada das prerrogativas processuais, cabem duas observações preliminares. A primeira presta-se a registrar que as prerrogativas neste trabalho abordadas serão aquelas que se encontram no corpo do CPC ou que sobre ele incidem, alterando a aplicação de suas normas, se comparado à disciplina processual aplicada aos particulares em geral. A segunda advertência volta-se a afirmar que as prerrogativas aqui tratadas são aquelas existentes apenas no âmbito do processo civil, estando excluídas eventuais prerrogativas existentes em outros ramos da ciência processual, especialmente no processo do trabalho.¹⁴⁶

3.3. Os atos de comunicação dos representantes da Fazenda

3.3.1. A citação

¹⁴⁶ Para um estudo mais detalhado a respeito das prerrogativas processuais da Fazenda Pública no âmbito do processo do trabalho vide o excelente trabalho de Carolina Tupinambá, já recomendado no capítulo anterior desta dissertação (nota 103).

A citação, na definição que é dada pelo art. 213 do CPC, é o “ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender” e representa um pressuposto processual de validade do processo.

Para ser regular, a citação deve ser feita diretamente ao réu (ou ao seu representante legal) ou ao seu procurador com poderes especiais. Conforme já foi visto no capítulo anterior deste trabalho, no que tange à Fazenda Pública (conceito que encerra uma gama de pessoas jurídicas de direito público) a lei delega a certos agentes, via de regra, ligados aos órgãos jurídicos das diversas entidades estatais, o múnus da representação do Estado em juízo e a atribuição para receber citações.

Já no que se refere à forma de realização do ato em si, a citação da Fazenda Pública encontra algumas familiaridades, que a distinguem do modelo legal geral aplicável às demais pessoas jurídicas. Primeiro há de se destacar que a Fazenda não pode, por imposição legal, ser citada pelo correio (art. 222, “c”, do CPC), nem, tampouco, por edital, posto que esta forma não encontra compatibilidade lógica com os caracteres próprios das pessoas jurídicas de direito público, que via de regra tem o local de sede amplamente divulgado e de conhecimento comum, até em função do princípio da publicidade que a elas se vincula.¹⁴⁷ O único meio próprio para comunicação, destarte, é a citação por oficial de justiça (art. 221, II, do CPC), com a ressalva de que, o meirinho impedido está de realizar a citação por hora certa (art. 227, do CPC), uma vez que a estrutura estatal, pela principiologia de impessoalidade que a cerca, não concebe esta possibilidade; em outras palavras: caso a citação não possa ser feita na pessoa do titular da representação (procurador geral, advogado geral, prefeito etc.) deve o oficial de justiça diligenciar a citação na pessoa de seu substituto (no caso do procurador geral, o subprocurador geral, no caso do prefeito o vice-prefeito e, assim, por diante).

¹⁴⁷ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 134, p. 93.

Recentemente, a Lei 11.419/2006, que dispões sobre a informatização do processo judicial possibilitou que as citações, inclusive da Fazenda Pública, fossem feitas por meio eletrônico, “desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando” (art. 6º).¹⁴⁸

No mais, as regras de citação, quanto à forma, tempo e local são as mesmas aplicáveis às demais pessoas, sendo também idêntica a disciplina das nulidades e seus efeitos.

3.3.2. *Intimações pessoais*

A intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa (art. 234 do CPC). Trata-se da forma peculiar de convocar as partes para fins de exercerem o contraditório acerca dos atos que se desencadeiam e são produzidos ao longo da marcha processual.

O artigo 236 e seguintes do CPC tratam, de forma genérica, dessa forma de comunicação processual, prevendo os seguintes meios para sua realização: publicação na imprensa oficial (regra), correspondência com aviso de recebimento e junto ao escrivão da própria serventia. A intimação por oficial de justiça ocorre apenas excepcionalmente, se frustrada se restar a intimação por correio (art. 239 do CPC).

Vale acrescentar que a Lei 11.419/2006 estabeleceu a possibilidade de a intimação ser realizada por meio eletrônico, em portal próprio aos que se cadastrarem, dispensando-se, nesta hipótese, a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico (art. 5º).¹⁴⁹

¹⁴⁸ A mesma lei foi responsável pela inserção do inciso IV, ao artigo 221, do CPC, possibilitando a realização da citação “por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria”.

¹⁴⁹ A mesma lei foi responsável pela inserção do parágrafo único, no art. 237, do CPC, com o seguinte teor: “Parágrafo único. As intimações podem ser feitas de forma eletrônica, conforme regulado em lei própria.”

No que tange à Fazenda Pública o estudo a respeito da intimação possui algumas peculiaridades. O CPC, no que se refere às intimações não prevê para a Fazenda Pública qualquer tratamento diferenciado.

A sistemática do CPC no que tange às intimações do Poder Público, contudo, foi quebrada com o advento da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), que estabeleceu como regra para os representantes fazendários a intimação pessoal (art. 25), realizada “mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria” (art. 25, parágrafo único).

Com o advento da Lei 9.028/95, que dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, a sistemática, antes adstrita à seara das execuções fiscais, ganhou maior abrangência, face à disposição do seu art. 6º, que prevê que “a intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.”

Nessa mesma linha ampliativa, o art. 17 da Lei 10.910/2004 determinou que também os procuradores federais e do Banco Central do Brasil (BACEN) fossem intimados e notificados pessoalmente “nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos.”

Diante desse contexto legislativo, percebe-se que a advocacia pública em âmbito federal conta agora, como regra, com a prerrogativa da intimação pessoal. Ao contrário, os advogados públicos municipais e estaduais não dispõem de tal prerrogativa o que poderia inclusive gerar uma certa dúvida a respeito de provável quebra de isonomia entre as unidades federativas, já que somente aos entes federais foi atribuída a vantagem.¹⁵⁰

¹⁵⁰ A respeito da dúvida Hélio do Valle Pereira propõe a seguinte hermenêutica: “deve-se escolher, porém, entre a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei 9.028/95 (devendo ser assim excluído do ordenamento jurídico) ou a extensão do comando pela via jurisdicional, àqueles outros que se encontrem em idêntico contexto.” PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 134, p. 34-35.

Tem-se compreendido que a intimação pessoal não precisa, necessariamente, ser realizada por oficial de justiça, podendo tal ato se dar por meio dos demais veículos previstos na lei processual, à exceção da imprensa oficial.¹⁵¹ De fato o §2º, do art. 6º, da Lei 9.028/95, parece corroborar esta tese ao dispor (após o *caput* se referir à obrigatoriedade de citação pessoal) que “as intimações a serem concretizadas fora da sede do juízo serão feitas, necessariamente, na forma prevista no art. 237, inciso II, do Código de Processo Civil.”¹⁵² Convalidando este entendimento, o § 6º, do art. 5º, da recente Lei 11.419/2006, afirma que as intimações feitas na forma eletrônica, “inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.”

Vale, ainda, registrar que as intimações devem ser dirigidas ao procurador ou advogado público habilitado na causa e, portanto, por ela responsável, muito embora se conceba que, a rigor, todo advogado público, por sua condição funcional, esteja habilitado a defesa de todo e qualquer causa. É que agrediria o bom senso realizar a intimação de advogado público (ou melhor, de órgão público específico) completamente alheio à causa, visto que é humanamente impossível que todos os procuradores sejam igualmente responsáveis, por todas as inúmeras causas em curso contra a Fazenda.¹⁵³

Vale, por fim, registrar que a Lei 10.259/2001, ao cuidar dos Juizados Especiais Federais, estabelece que as intimações (exceto aquelas realizadas em audiência) devem ser feitas “na pessoa dos advogados ou dos procuradores que oficiem nos respectivos autos,

¹⁵¹ Nesse sentido Recurso Especial nº 653.304-MG. Rel. Min. Luiz Fux, 12 de dezembro de 2004 e Recurso Especial nº 621.829-MG. Rel. Min. Eliana Calmon, 07 de dezembro de 2004. Disponíveis em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁵² Texto incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001.

¹⁵³ No âmbito federal, o art. 38 da Lei Complementar nº 73/93 determina que “as intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos.” Não obstante a inexistência de norma com relação aos demais entes federativos (Estados e Municípios) a regra sempre foi a eles estendida e aplicada sem maiores resistências.

pessoalmente ou por via postal” (art. 8º, §1º). E adita, “os tribunais poderão organizar serviços de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico (§2º).”

3.4. O reexame necessário das sentenças

3.4.1. Previsão, natureza e fundamento histórico

O instituto do reexame necessário, também conhecido como remessa necessário, duplo grau de jurisdição obrigatório ou recurso *ex officio*,¹⁵⁴ está previsto no art. 475, I e II, do CPC nos seguintes termos:

Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

¹⁵⁴ O emprego desta última terminologia, muito embora tradicional em nosso direito (constante inclusive do art. 822, *caput*, do CPC de 1939), não é recomendado, porquanto não se tratar a espécie processual de verdadeiro recurso. Nesse sentido, NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 622.

O reexame necessário pode ser definido como o envio obrigatório da sentença de mérito contrária à Fazenda Pública ao tribunal para que este proceda à sua reapreciação, pressupondo-se que um segundo julgamento a ser realizado por um órgão colegiado e formado por pessoas mais experientes é de melhor qualidade e necessário para melhor resguardar os bens e interesses públicos expostos à testilha no processo.

O instituto tem raízes históricas no processo penal português, tendo sua consagração no processo civil brasileiro ocorrido por meio do art. 90 da Lei de 4.10.1831,¹⁵⁵ como forma de evitar o abuso, a desídia ou a má-fé dos procuradores da Fazenda Pública, que deixavam de recorrer contra sentenças proferidas contra os cofres públicos.¹⁵⁶

Com o advento da Lei 10.352, de 26.12.2001, o instituto do reexame necessário passou, como regra,¹⁵⁷ a ser aplicável apenas nas causas em que as partes sucumbentes são pessoas jurídicas de direito público, tendo sido excluído de sua incidência a sentença anulatória do casamento, anteriormente prevista no inciso I do art. 475. Com isso, o instituto retorna à sua gênese, que atribui a sua exigência exclusivamente à necessidade de proteção do patrimônio público.

¹⁵⁵ A informação é dada por José Carlos Barbosa Moreira, citando trabalho investigativo de Alfredo Buzaid. Afirma, ainda, o autor que o instituto mereceu previsão dos códigos de processo estaduais, editados sob a égide da Constituição de 1890 (cita, como exemplo, o Código Pernambucano – Lei 1.763, de 16-6-1925) e do CPC de 1939, no art. 822. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., nota 145, p. 200.

¹⁵⁶ SHIMURA, Sérgio. **O reexame necessário nas ações coletivas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 346.

¹⁵⁷ Vale registrar que existe na legislação extravagante duas outras hipóteses de reexame necessário, ambas relacionadas à tutela de interesses difusos ou coletivos. A primeira delas consta do art. 19 da Lei 4.717/64 (Lei da Ação Popular) que determina que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal”; a outra hipótese está disposta no art. 4º, §1º, da Lei 7.853/89 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências físicas) nos seguintes termos: “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal.”

O reexame necessário representa uma condição de eficácia da sentença contrária à Fazenda¹⁵⁸ que, conquanto existente e válida, só produzirá seus efeitos práticos¹⁵⁹ e processuais (coisa julgada formal e material) após a reapreciação pelo tribunal.

3.4.2. Incidência do reexame – interpretação restritiva em relação ao Poder Público

A luz da própria dicção do §1º do art 475 do CPC verifica-se que o reexame não tem lugar nos casos em que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

Também não tem aplicação o reexame, com base no §3º do mesmo artigo, às hipóteses em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Afora as exclusões expressas na lei, no campo hermenêutico, é preciso considerar que a norma em questão, como norma de exceção que é, deve ser interpretada restritivamente. Por essa razão, a delimitação do seu campo de incidência deve se dar da forma mais fiel possível à literalidade do dispositivo processual analisado.

Nessa linha, primeiro há de ser assentado que apenas as sentenças de mérito desfavoráveis ao Poder Público,¹⁶⁰ independente do pólo processual atuante (autor ou réu),

¹⁵⁸ Nesse sentido a maioria da doutrina tem se posicionado. Por todos, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Op. cit., nota 154, p. 622), Sérgio Shimura (Op. cit., nota 156, p. 347) e Hélio do Valle Pereira (Op. cit., nota 134, p. 138-139).

¹⁵⁹ No regime do mandado segurança, diferentemente, o reexame da sentença que concede a ordem não suspende a sua eficácia, servindo apenas para que não se opere a coisa julgada (art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51). Também diante de sentença cautelar ou de eventual decisão de antecipação da tutela (art. 273 do CPC), posteriormente confirmada na sentença, a regra geral da suspensividade dos efeitos práticos da sentença é mitigada (art. 520, IV e VII, do CPC). Nesse sentido, Agravo de Instrumento nº 1999.01.00.079522-4-PI, TRF 1ª Região – Segunda Turma, Rel. Juíza Assusete Magalhães, 18 de abril de 2001, Disponível em <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em 15 jan. 2008. A questão referente à concessão de tutela cautelar e antecipada em face do Poder Público será abordada mais adiante neste capítulo (item 3.7).

sujeitam-se à remessa necessária ao tribunal. Por sentença de mérito deve se entender aquela, proferida em processo de conhecimento ou cautelar,¹⁶¹ relativa ao pedido propriamente dito, que materializa a pretensão do autor em juízo. Destarte, a extinção anômala do processo através de sentença meramente terminativa não desafia, na sistemática do CPC, a remessa necessária.¹⁶²

Ademais, vale registrar que o reexame necessário, exceto quando se está diante de execução lastreada em título extrajudicial, não incide com relação às sentenças proferidas em sede de embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741 a 743 do CPC).¹⁶³ O entendimento para rejeitar a adoção do instituto nesta hipótese é simples: caso admitido o reexame em sede de embargos à execução lastreada em sentença, estaria na verdade

¹⁶⁰ Vale destacar que na sistemática da ação popular (Lei 4.717/64) o reexame encontra regra diferente sendo cabível tanto nos casos de sentença de mérito (improcedência do pedido) quanto nos casos de sentenças terminativas (carência de ação ou falta de pressuposto processual), sendo, outrossim, indiferente se a sentença é contrária aos interesses fazendários (só há coincidência no caso de a Fazenda constar do pólo passivo). O art. 4º, § 1º, da Lei 7853/89, que dispõe sobre apoio a pessoas portadoras de deficiência, possui regra similar a essa. Sérgio Shimura entende que esta sistemática deve ser adotada para as demais espécies de demandas coletivas. Afirma o autor, a propósito da ação civil pública que “o sistema das ações coletivas permite e determina que se deve conferir maior relevância aos interesses difusos e coletivos do que aqueles ligados diretamente à Fazenda Pública, como pessoa jurídica de direito público. Daí não se aplicar o art. 475 do CPC, mais sim invocar por analogia o regime da Lei 7.853/89 (art. 4º, § 4º), pelo qual somente há reexame necessário em caso de carência ou de improcedência, independentemente de a pessoa jurídica de direito público migrar para o pólo ativo da demanda.” SHIMURA, Sérgio. Op. cit., nota 156, p. 350.

¹⁶¹ A afirmação é feita com base na doutrina pátria majoritária, que entende existir no processo cautelar um mérito próprio, a ser analisado a partir da configuração dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, e que não se confunde com mérito da ação principal. Por todos: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 171; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, v. 3. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155; SHIMURA, Sérgio. Op. cit., nota 156, p. 348; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 39.

¹⁶² Segundo alguns autores a regra cede nos casos em que, não obstante a sentença seja meramente terminativa, haja condenação da Fazenda Pública em verba sucumbencial superior a sessenta salários mínimos. A favor Sérgio Shimura (Op. cit., nota, 156, p. 349). Contra, entendendo que a sucumbência é mera consequência do princípio da causalidade, que decorre de providência processual *ex officio* que o juiz toma independente do pedido do autor, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Op. cit., nota 154, p. 622-623).

¹⁶³ Esse é o posicionamento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça. Vide, entre outros: Recurso Especial nº 650.382-PB, Rel. Min. Castro Meira, 24 de agosto de 2004; Embargos no Recurso Especial nº 241.959-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 29 de maio de 2003; Embargos no Recurso Especial nº 522.904-MS, Rel. Min. José Delgado, 14 de setembro de 2005. Disponíveis em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

admitindo-se a duplicidade da remessa necessária – a primeira em virtude da sentença condenatória e a segunda com o julgamento desfavorável nos embargos.

3.4.3. Críticas formuladas ao instituto

Escrevendo sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira bem conseguiu compor um conjunto das cinco críticas principais que o instituto vem sofrendo por setores da doutrina processual.¹⁶⁴ Os argumentos contrários ao reexame são basicamente os seguintes: a) o tratamento privilegiado fere o princípio da isonomia ou paridade de armas no processo; b) o reexame necessário é peculiaridade do direito brasileiro, não tendo instituto correspondente no direito estrangeiro de primeira linha europeus; c) o instituto constitui resquício de períodos de exceção/autoritários porque obsessivamente voltado à defesa do interesse estatal; d) Os interesses fazendários, hodiernamente, são suficientemente defendido pelos procuradores das entidades públicas; e) a supressão da obrigatoriedade aliviaria a carga de trabalho dos tribunais, contribuindo, assim, para diminuir o tempo de duração dos processos.

Fazendo a defesa da manutenção do instituto no direito processual pátrio o mesmo autor rechaça uma a uma as queixas que sobre ele recaem para ao final concluir que:

A obrigatoriedade do reexame em segundo grau das sentenças contrárias à Fazenda Pública não ofende o princípio da isonomia, corretamente entendido. A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; nem assim a tratam outros ordenamentos jurídicos, mesmo no chamado Primeiro Mundo. O interesse público – justamente por ser público – ou seja, da coletividade como um todo – é merecedor de proteção especial num Estado democrático não menos que alhures. Nada tem de desprimoradamente “autoritária” a consagração de mecanismos processuais ordenados a essa proteção. O instituto de que se

¹⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., nota 145, p. 202.

cuida, em particular, não nasceu sob inspiração ditatorial, e é arbitrário, tanto do ponto de vista histórico tanto do ideológico atribuir-lhe caráter “fascista”.¹⁶⁵

Ousando pedir vênia para discordar do grandioso processualista, especialmente no que se refere às críticas com relação à vulneração do princípio da isonomia, da suficiência da defesa pública por seus procuradores e o do prejuízo à celeridade do processo.

É fato incontestável que o instituto do reexame vem perdendo sua força, principalmente porque vêm desaparecendo as razões que davam, no passado, arrimo e legitimidade à sua previsão, em especial, aquela pautada na desconfiança técnica e moral que recaía sobre os profissionais incumbidos da defesa estatal em juízo. Hoje em dia, com algumas exceções (relacionadas, na maioria dos casos, a Municípios de pequeno porte), a defesa judicial dos entes estatais está entregue a órgãos públicos plenamente estruturados, compostos de profissionais bem remunerados e de alta qualidade técnica, perfeitamente capazes, destarte, de promover a defesa dos interesses do Estado de forma responsável, diligente e adequada. Em virtude disso, carece de sentido, nos dias atuais, a atividade abonadora que o Poder Judiciário desempenha através do reexame necessário, com respeito ao trabalho profissional realizado pelos atuais advogados e procuradores públicos; para tal fim, bastaria o já existente controle administrativo hierárquico, ao qual estão sujeitos tais agentes públicos.

A par da questão relacionada à quebra de isonomia processual (já abordada no item 3.2 deste capítulo), à remessa necessária tem sido atribuída por vozes significativas da doutrina pátria parcela de responsabilidade pelo elevado tempo de duração das causas envolvendo o Poder Público e, portanto, de resposta jurisdicional.¹⁶⁶ Nessa linha, a

¹⁶⁵ Ibid., p. 209-210.

¹⁶⁶ Nesse tom, Sérgio Shimura afirma que “o chamado recurso oficial tem gerado frutos, nem sempre saudáveis ou desejáveis à celeridade e efetividade do processo.” SHIMURA, Sérgio. Op. cit., nota 156, p. 351. Vale, todavia, registrar que não se tem conhecimento de estudos estatísticos que revelem o grau de comprometimento dos tribunais para com o julgamento das causas que lhes são submetidas em função, única e exclusivamente, da remessa necessária; sob esse aspecto, é pertinente a colocação de José Carlos Barbosa Moreira sobre as críticas

manutenção desse instituto na sistemática processual brasileira reserva ao Poder Judiciário de segunda instância um volume considerável de processos, que contribui, de forma bastante significativa, para a sobrecarga de trabalho que assola as cortes do País e prejudicam, de forma sistêmica, todo o aparelho jurisdicional, com grave risco à garantia de celeridade processual.¹⁶⁷

3.5. O benefício dos prazos diferenciados

A dilação de prazos em favor da Fazenda Pública encontra guarida no artigo 188 do CPC que dispõe: “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”

Pode-se dizer que, historicamente, a fixação de prazos mais extensos em prol do Poder Público constitui tradição de nosso direito processual, tendo suas origens ainda na legislação do império e posteriormente incorporado pelos códigos de processo estaduais elaborados com base na Constituição de 1891.¹⁶⁸ O código de 1939, que promoveu a reuniformização da

formuladas contra o instituto enquanto fator de morosidade da marcha do processo: “admitida como mais provável a hipótese de interposição do recurso, é forçoso concluir que pouca repercussão prática terá a eliminação da obrigatoriedade do reexame ex art. 475. A causa subirá ao tribunal por força da apelação da Fazenda Pública, e em nada ficará simplificado o itinerário em segundo grau.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., nota 145, p. 209. Entendemos, contudo, que não obstante a falta de demonstração empírica do malefício do instituto para a celeridade da marcha processual, a sistemática do reexame seja, hodiernamente, de necessidade fortemente duvidosa; além disso, pelos motivos já expostos neste item do trabalho, sua eventual supressão, muito provavelmente, não representaria qualquer prejuízo ao processo ou aos interesses fazendários.

¹⁶⁷ As críticas formuladas a respeito do instituto, no entanto, não têm ecoado na jurisprudência. Exemplo do que se afirma é a súmula nº 10, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com o seguinte teor: “o artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.” Disponível em <<http://www.trf3.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 43.

legislação processual brasileira, confirmou essa tradição, prevendo, em seu art. 32, regra com teor e alcance idênticos a do art. 188 do CPC atual.¹⁶⁹

Posteriormente o art. 10, da Lei 9.469/97, estendeu expressamente esta prerrogativa também às autarquias e fundações públicas. A inserção, contudo, pode ser tida como ociosa uma vez que, conforme visto no Capítulo I deste trabalho, o termo Fazenda Pública utilizada na dicção do art. 188 do CPC já compreendia tais entidades.

O fundamento dessa prerrogativa se finca na necessidade de equiparar os órgão jurídicos fazendários ao particular, fixando-lhes prazos mais consentâneos com as circunstâncias peculiares da estrutura estatal, de modo a equilibrar as forças com os demais sujeitos processuais privados.

Isso porque os órgãos de defesa jurídica do Estado obedecem a uma série de imperativos legais em sua criação (apenas por lei), estrutura, funcionamento e composição (concurso público). A estrutura de acompanhamento é, portanto, bastante rígida, sendo quase impossível prognosticar as oscilações que o número de demandas envolvendo o ente pode sofrer (movimento judicial flutuante). É inviável, portanto, manter, com precisão mediana, uma relação adequada entre o número de causas e de procuradores, tal qual seria possível vislumbrar-se na iniciativa privada.

Além disso, argumenta-se que a estrutura fazendária (via de regra, muito mais complexa que as encontradas nos organismos privados), a burocracia inerente ao regime de direito público e a localização estanque e divorciada do órgão de defesa jurídica, conduzem a

¹⁶⁹ Eis a redação do artigo: “Art. 32. Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quádruplo os prazos para a contestação e em dobro para a interposição de recurso”.

maiores dificuldades operacionais no que se refere à consecução dos elementos fáticos necessários à elaboração da defesa do ente estatal.¹⁷⁰

A doutrina não tem polemizado muito sobre a constitucionalidade da medida privilegiada¹⁷¹ e a jurisprudência vem legitimando a sua recepção pelo sistema da Carta de 1988.¹⁷²

3.6. Execução e cumprimento das decisões judiciais

3.6.1. Considerações gerais

A execução, na clássica definição de chiovenda, corresponde à

Atuação prática, da parte dos órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a alguém um bem da vida que resulta de uma verificação e conhece-se por execução o complexo dos atos coordenados a esse objetivo. A execução de que falamos insere-se, pois, antes de tudo, no conceito generalíssimo da efetuação da vontade, e mais particularmente da vontade da lei.¹⁷³

A expressão execução, em sentido estrito, identifica-se, tradicionalmente, com a idéia de ação de execução. No entanto, a palavra execução deve merecer conotação mais abrangente, que a identifica como conjunto de atos executivos voltados à efetivação concreta

¹⁷⁰ Nesse sentido MORAES, José Roberto. **As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública**. In: SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 70-71.

¹⁷¹ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 134, p. 104.

¹⁷² Nesse sentido, Recurso Extraordinário nº 181.138-SP, Rel. Min. Celso de Melo, 06 de setembro de 1994, e Recurso Extraordinário nº 196.430-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 09 de setembro de 2007. Disponíveis em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁷³ CHIOVENDA. Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 3. Campinas: Bookseller, 1988. p. 347.

de um comando contido em determinado provimento jurisdicional (via de regra sentença) ou constante de documento ao qual a lei atribui eficácia executiva (título executivo extrajudicial).

É de se dizer, aliás, que, de acordo com a sistemática vigente no processo executivo pátrio, principalmente após as reformas concretizadas por meio das Leis 10.444, de 07.05.2002 e 11.232, de 22.12.2005, a primeira acepção do termo, a rigor, abrangeria tão somente as demandas executivas lastreadas em título executivo extrajudicial. Isto porque as leis citadas alteraram substancialmente o modelo processual executivo voltado a efetivação concreta dos títulos executivos judiciais, fundamentalmente, eliminando a necessidade de instauração de processo autônomo para a efetivação da norma concreta exteriorizada na sentença, restando-se vigente tal exigência apenas para os títulos executivos extrajudiciais (art. 585, do CPC) ou quando o título executivo judicial (art. 475-N, do CPC) não tenha seu nascedouro em processo de conhecimento prévio (art. 475-N, incisos II, IV e VI, do CPC).

A rigor, hoje se tem falado em fase processual de cumprimento de sentença, em que os atos executivos, como regra, são realizados no mesmo processo em que se desenvolve a análise cognitiva do conflito de interesses (arts. 461, 461-A e 475-J, do CPC), sem a necessidade de instauração de nova demanda especificamente para realização de atos executivos.

Seja como for, no presente trabalho, adotaremos o termo execução no sentido amplo como indicativo da atividade pelo qual o Estado-Juiz pratica atos de império, coercitivos ou sub-rogatórios, com vistas a fazer atuar concretamente, no mundo dos fatos, seja a condenação contida em provimento judicial final (sentença) seja a determinação creditória contida em documento ao qual a lei atribui força executiva.

A lei processual brasileira, a exemplo do que acontece com outros institutos pontualmente já estudados neste tópico, trata de forma peculiar da execução contra a Fazenda Pública.

Contudo, vale aqui um registro: de acordo com as regras processuais hoje vigentes, em especial o CPC, a execução contra a Fazenda Pública apenas encontra regramento especial e peculiar no que se refere ao implemento de obrigações relativas ao pagamento de quantia certa, que, segue processo especial de execução (via precatório), conforme determina o art. 100 da CRFB.

Todavia, muito embora sujeito à aplicação das regras gerais do processo civil no que se refere à tutela executiva das demais espécies, há, por construção doutrinária e jurisprudencial, alguns pontos peculiares a serem considerados no que se refere à efetivação da tutelas jurídicas de fazer, não fazer, ou dar coisa diferente de dinheiro pela Fazenda Pública.

3.6.2. A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública

O artigo 100 da CRFB estabelece como regra para os pagamentos imputados à Fazenda Pública como decorrência de decisões judiciais finais a obrigatoriedade de sujeição ao regime denominado precatório, que condiciona a efetivação da tutela jurisdicional materializada numa obrigação de dar quantia em dinheiro à regular previsão orçamentária legislativa de recursos para satisfazê-la.¹⁷⁴

A figura do precatório apresenta-se como uma solução necessária, dentro da Constituição vigente, para possibilitar a previsibilidade, organização e controle dos orçamentos estatais, no que se refere às despesas decorrentes de determinações judiciais (*rectius*, condenações). A organização das despesas materializada através da burocracia

¹⁷⁴ Muito embora houvesse, no passado, dúvida inicial a respeito da submissão dos créditos de natureza alimentícia ao regime dos precatórios, hodiernamente encontra-se pacificado que “a exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza” - Súmula 655 do STF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008. No mesmo sentido, Súmula nº 144 do STJ. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

orçamentária impõe-se, também, como medida a fazer resguardar a implementação e continuidade das ações estatais e serviços públicos imprescindíveis à manutenção do Estado e da qualidade de vida da população, elegendo e alocando, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida em função da limitação dos recursos financeiros, onde e quando gastar.

O modelo próprio executivo pode ser ainda justificado na medida em que não havendo, via de regra, a possibilidade, pelo direito material, de livre penhora e alienação dos bens estatais, estaria descaracterizada a essência do processo executivo civil, baseado e predestinado, eminentemente, à atividade expropriatória do patrimônio do devedor em favor do credor.

Aqui também o direito processual demonstra sua incontestável missão instrumental, posto que sensível aos caracteres que o ligam ao direito material que será objeto da tutela jurisdicional, no caso delineado em função de imposições do direito financeiro e administrativo.

Além disso, a robustez do patrimônio estatal, que tranquiliza o credor, em princípio, do risco inerente à insolvabilidade do devedor, e o dever de fidelidade à ordem jurídica que orienta a conduta da Fazenda Pública fazem com que seja razoável a admissão de um rito executório próprio para satisfação dos credores estatais. Conquanto haja nesse terreno maior probabilidade de efetivação do crédito, as angústias do credor da Fazenda acabam, muita das vezes, não diminuindo, mercê do descaso estatal-legislativo quanto à alocação tempestiva de recursos para se fazer frente ao pagamento dos precatórios.¹⁷⁵

¹⁷⁵ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., nota 134, p. 432-433. A exposição do autor prossegue nos seguintes termos: “Evidente o padecimento do particular, que vê seu direito postergado quanto à solução, tanto mais quando se percebe que a Constituição Federal permite que, após o trânsito em julgado da sentença (o que pode consumir anos), seja aditado outro biênio para efetiva satisfação (...) Não fosse isso bastante, a própria lide contra o Poder Público, vista sob a fase de conhecimento, é inglória, pois exige a exposição a prazos ampliados e a reexame necessário – a par do exercício proletário comum às estratégias de defesa dos órgãos públicos. Ademais, a EC 30/2000 propiciou que o resgate do precatório seja eventualmente parcelado em até dez vezes” (p. 433).

a) Regime geral da execução de sentença condenatória de soma em dinheiro

Cabe, preliminarmente, observar que a nova sistemática geral executiva inserida na ordem processual brasileira por meio da Lei 11.232/2005, pouca (ou nenhuma), reflexão teve na seara da execução dos créditos pecuniários decorrentes de sentenças condenatórias contra o Poder Público. É que a lei reformadora em questão não teve por bem revogar, como fez com vários preceitos do CPC que tratavam da execução dos títulos judiciais (inseridos no Livro II do CPC), as disposições especiais aplicáveis ao processo executivo a ser instaurado contra a Fazenda Pública (arts. 730 e 731 do CPC) e ao meio de defesa a ele aplicável (art. 741 a 743). A não intenção de revogabilidade fica latente na medida em que a própria Lei 11.232/2005 tratou de alterar três (I, V e VI) dos sete incisos que compõem o art. 741 do CPC, além de seu parágrafo único, que trata das matérias sujeitas a serem versadas em sede de embargos pela Fazenda Pública.

Isto revela a intenção legislativa de manter vigente, no que se refere à Fazenda Pública, o regime de execução até então existente, pelo que se pode concluir que à execução de sentença condenatória de créditos pecuniários contra a Fazenda Pública não se aplica o novel sistema de cumprimento de sentença previstos nos arts. 475-I a 475-R do CPC, inseridos pela Lei 11.232/2005.¹⁷⁶

Feito este registro introdutório, passemos à análise, em linhas gerais, dos contornos que envolvem a execução de quantia certa contra a Fazenda Pública.

O procedimento executório especial, como já dito, tem previsão nos artigos 730 e 731 do CPC, que tratam da instauração e processamento do processo de execução, visando a

¹⁷⁶ No mesmo sentido, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 234.

ajustá-lo ao preceito constitucional que determina a observância do regime dos precatórios para pagamento dos créditos decorrentes de sentenças judiciais.

O precatório corresponde a uma requisição de pagamento, expedida pelo Presidente do Tribunal ao qual está vinculado o juiz competente para a execução do crédito consignado na sentença exequiênda, endereçada ao ente fazendário condenado, para que este providencie a regular previsão e liberação de numerário suficiente para fazer frente à condenação sofrida.

O processo, que é ultimado com a expedição da ordem de pagamento ao ente fazendário executado, é inaugurado por provocação da parte vencedora, credora do *quantum* condenatório consignando na sentença. Aqui, *in executivis*, permanece intocado o princípio da demanda e a necessidade de processo executivo autônomo, visto que a espécie executiva não sofreu influência da disciplina do cumprimento de sentença inserida pela Lei 11.232/2005.

A inicial da ação executiva deve ser instruída seguindo os requisitos constantes do art. 731 e seus incisos; além disso, deve atender à disciplina do art. 282 do CPC, naquilo que for cabível. Estando a inicial em termos, é a Fazenda Pública citada para oferecer, no prazo de 30 dias (art. 730),¹⁷⁷ embargos à execução alegando uma das matérias taxativamente dispostas no art. 741 do CPC.

Não tendo sido apresentados embargos ou rejeitados que sejam,¹⁷⁸ o juiz da execução ordena a expedição de precatório destinado ao presidente do tribunal ao qual está vinculado.¹⁷⁹ A requisição corresponde a documento singelo que discrimina, basicamente, o montante da dívida, os beneficiários e a autoridade requisitante. Os regimentos internos dos tribunais, como regra, dedicam-se a estabelecer os requisitos desta requisição, indicando,

¹⁷⁷ Não se aplica aqui a regra de multiplicação de prazos do art. 188 do CPC, uma vez que o art. 730 dispõe sobre prazo especial e exclusivamente voltado à Fazenda Pública.

¹⁷⁸ O julgamento dos embargos dar-se-á de acordo com o art. 740 do CPC e não se sujeita ao reexame necessário.

¹⁷⁹ Vale registrar que esta regra encontra exceção na hipótese do art. 109, § 3º, da Constituição, onde o juiz estadual, muito embora vinculado ao presidente do Tribunal de Justiça do Estado, requisita o pagamento do quantum condenatório ao presidente do Tribunal Regional Federal correspondente a sua zona territorial.

inclusive, os documentos que devem acompanhá-la. No âmbito da Justiça Federal a Resolução 438, de 30.05.2005 do Conselho da Justiça Federal (CJF), regula o procedimento a ser aplicado aos precatórios e às requisições de pequeno valor (RPV's). Tais atos normativos devem prezar pela ordem de preferência dos pagamentos assim como pelas normas orçamentárias.

Estando instruído e assinado pelo juiz, o precatório (*rectius*, requisição de pagamento) é encaminhado ao presidente do tribunal competente, a quem cabe registrá-lo e autuá-lo, assim como inscrevê-lo; ato contínuo, o presidente do tribunal deve instar o ente fazendário devedor a tomar as providências orçamentárias necessárias a salvaguardar, à disposição do Poder Judiciário (art. 100, § 2º da CRFB), recursos suficientes para a liquidação do crédito executado nos dois exercícios financeiros subseqüentes, conforme a data de apresentação dos precatórios seja antes ou após 1º de julho do ano corrente.

A atividade exercida pelo presidente do tribunal no processo de inscrição e pagamento de precatórios não tem natureza jurisdicional, sendo atividade de caráter meramente administrativo.¹⁸⁰ Como explica Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, “o precatório é um procedimento administrativo e complexo, que externa um ato de vontade da Fazenda Pública no cumprimento extrajudicial do título executivo.”¹⁸¹

Em razão disso, exceto para a retificação de erros materiais,¹⁸² não cabe ao presidente do tribunal conhecer de questões afetas à constituição, validade, titularidade e valor do título,¹⁸³ devendo as mesmas serem submetidas diretamente ao juiz da execução.

¹⁸⁰ Com base no reconhecimento da natureza administrativa da atividade, o Supremo Tribunal Federal editou o Enunciado Sumular 733: “não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatório”. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁸¹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Redefinição de Papéis na execução de quantia certa contra a Fazenda Pública**. In: Revista CEJ, Brasília/DF, n. 31, out./dez. 2005. p. 69.

¹⁸² Nesse sentido, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1098-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, 11 de setembro de 1996. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

O processo judicial executivo, propriamente dito, compreende tão somente os atos de comunicação (citação da Fazenda) e julgamento dos embargos à execução eventualmente apresentados pela Fazenda. Em outras palavras, o processo executivo restringir-se-á a fixar o valor devido e ratificar a existência da relação creditícia entre credor e devedor, o que possibilitará a expedição e encaminhamento do precatório ao presidente do tribunal e sua respectiva inscrição.

Uma vez inscrito e requisitado ao ente fazendário sucumbente a reserva orçamentária necessária a fazer frente à condenação sofrida, o exercício da atividade jurisdicional. *in executivis*, revela-se por demais tolhida, na medida em que só se vislumbra a sua interferência no *iter* voltado à satisfação do crédito, alternativamente, em dois momentos: para simplesmente efetivar o pagamento do precatório ao seu credor, a conta do respectivo crédito orçamentário gravado na lei orçamentária ou para ordenar o seqüestro de quantias recebidas por terceiro com violação da ordem de preferência estabelecida para o pagamento dos precatórios (art. 731, I e II).

Sobre o seqüestro previsto tanto no CPC quanto na Constituição, interessante registrar que sua possibilidade e incidência restringem-se à hipótese de preterição da ordem de pagamento dos precatórios,¹⁸⁴ não sendo instrumento apto a manifestar a irrisignação do interessado quanto à ausência de previsão orçamentária para fazer frente aos precatórios

¹⁸³ O art. 1º-E da Lei 9494/97 (na redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001) excepciona a regra, dispondo que “são passíveis de revisão pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor”.

¹⁸⁴ Vale registrar que a doutrina diverge quanto ao objeto do seqüestro em questão. A dúvida reside em saber se a apreensão da quantia necessária para a satisfação do credor preterido recairá sobre o patrimônio do credor que recebeu antes do momento correto ou da Fazenda Pública. Defendem a primeira e majoritária posição, em função do carácter de impenhorabilidade dos bens públicos, entre outros: ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 4 ed. São Paulo: RT, 1997. p. 701; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 343; e GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, v. 3. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 96-97. Advogam a segunda tese: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 259-260; e THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.262.

apresentados pelo Poder Judiciário para pagamento.¹⁸⁵ Sendo assim, face à omissão orçamentária,¹⁸⁶ a única medida cabível ao interessado seria a ação interventiva (art 34 a 36 da CRFB); para tal fim deverá representar ao Ministério Público, legitimado ativo exclusivo para propositura da demanda.¹⁸⁷

b) O regime das Requisições de Pequeno Valor (RPV's)

Como visto, os pagamentos das condenações pecuniárias sofridas pela Fazenda Pública estão condicionados ao expediente do precatório. A regra, contudo, encontra exceção no próprio texto constitucional, na disposição do art. 100, § 3º, *in verbis*:

O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.¹⁸⁸

O dispositivo transcrito propicia, assim, aos créditos definidos, por lei, como de pequeno valor, um tratamento e liquidação mais célere e menos formal que aquele dado aos demais créditos. O artigo 87 do ADCT complementa a regra em foco, determinando o montante de quarenta e trinta salários mínimos, respectivamente, para estados e municípios até que tais entes editem as suas respectivas leis definidoras.

Em relação à Fazenda Pública Federal tem-se entendido que o limite hoje em vigor é aquele estabelecido pelo art. 3º c/c art. 17, § 1º, da Lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados

¹⁸⁵ Nesse sentido, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.662-SP, Rel. Min. Mauricio Correa, 30 de agosto de 2001, Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁸⁶ Registre-se que, excepcionalmente, na hipótese do art. 78, § 4º do ADCT, é cabível, em caso de omissão no orçamento, o seqüestro, pelo presidente do tribunal, de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação do crédito.

¹⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., nota 154, p. 731.

¹⁸⁸ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000.

Especiais Federais), qual seja, sessenta salários mínimos. É possível extrair dos dispositivos indicados regra bastante ampla que serve de parâmetro mesmo fora dos Juizados Especiais,¹⁸⁹ sendo inclusive a que prevalece no art. 2º, da Resolução 373/2004 do Conselho da Justiça Federal.

Como explica Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

A diferença entre o procedimento do precatório e o da requisição de pequeno valor reside, basicamente, no prazo do pagamento, que na RPV é de até 60 dias da data de sua apresentação no tribunal, enquanto o precatório é pago no exercício seguinte ao da apresentação. No mais são iguais: natureza de pagamento voluntário; natureza administrativa do procedimento; origem orçamentária; competência concentrada na presidência do tribunal (...) o procedimento será o mesmo, devendo a Fazenda Federal ser citada para opor embargos em 30 dias. A diferença existe a partir do término do prazo para oposição dos embargos ou do seu julgamento improcedente. Não haverá expedição de precatório, mas de RPV, para que, no prazo de 60 dias, proceda-se voluntariamente ao pagamento, sob pena de o juiz da execução determinar o seqüestro.¹⁹⁰

Acrescente-se a isso a possibilidade de o juiz da execução determinar o “seqüestro de numerário suficiente ao cumprimento da decisão” (art. 17, § 2º da Lei 10.259/2001) em caso de desatendimento da RPV, no prazo estipulado (sessenta dias). Tal medida, de natureza indubitavelmente executiva sub-rogatória, presta-se a dar efetividade à determinação judicial, e uma vez realizada nada mais restará a ultimar em relação ao cumprimento da determinação judicial senão a entrega do valor seqüestrado ao credor-exeqüente.

Existe para o exeqüente a possibilidade de dispensar o precatório, caso possua crédito superior ao limite estabelecido por lei para o regime de RPV. Para tal, contudo, deverá renunciar expressamente ao valor excedente ao limite legal, sendo, peremptoriamente vedado

¹⁸⁹ Nesse sentido, Recurso Extraordinário nº 343.428-PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 03 de dezembro de 2002. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁹⁰ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Op. cit., nota 181, p. 71-72.

o desmembramento para fins de recebimento do crédito parte via precatório e parte via RPV (art. 17, § 3º, da Lei 10259/2001).

3.6.3. Da execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública

A possibilidade de instauração direta do processo executivo em face do Poder Público, através da técnica legislativa de concessão de força executiva a determinados documentos, foi em determinado momento pretérito, visto com certa desconfiança pela doutrina, face à dicção do artigo 100 da Constituição que reclama “sentença judiciária” para o pagamento de pendências judiciais.¹⁹¹

Contudo, a jurisprudência tratou de buscar o correto significado para o termo constitucional “sentença judiciária”, e atualmente admite, com tranqüilidade, a execução por título extrajudicial contra o Poder Público.¹⁹²

Vale registrar, que a permissão permanece válida mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 30, de 2000, que alterando o § 1º, do art. 100, trouxe novo requisito à instauração do processo de execução em face do Poder Público, qual seja, o trânsito em julgado da sentença (*rectius*, decisão). O STF, à vista da nova redação da norma constitucional, conquanto tenha confirmado o entendimento até então assente na jurisprudência nacional, asseverou que:

O art. 730 do CPC deverá ser interpretado em harmonia com o artigo 100, §1º da Constituição Federal (EC 30/2000), que estabelece que a execução contra a Fazenda Pública, mediante precatório, pressupõe, sempre, sentença condenatória passado em julgado. Desta forma, o art. 730, CPC, há de ser interpretado assim: a) os embargos, ali mencionados, devem ser tidos

¹⁹¹ Por todos, GRECO FILHO, Vicente. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 57.

¹⁹² Este foi o entendimento prestigiado no Enunciado Sumular nº 279 do STJ: “é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.”Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

como contestação com incidência da regra do art. 188, CPC; b) se tais embargos não forem opostos deverá o juiz proferir sentença que estará sujeita ao duplo grau de jurisdição (CPC, 475, I); c) com o trânsito em julgado da sentença condenatória o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal que providenciará o precatório.¹⁹³

3.6.4. Execução provisória contra a Fazenda Pública

Ao referir-se à execução provisória o que se tem em mente são as sentenças e acórdãos condenatórios que ainda não transitaram em julgado, mas podem, desde já, surtirem seus efeitos executórios posto que não estão sujeitas a serem impugnadas por recursos portadores de efeito suspensivo (art. 475-I, §1º, do CPC). Também é provisória a execução enquanto restar-se pendente apelação contra sentença de improcedência dos embargos do executado, quando estes foram recebidos no efeito suspensivo (art. 587, CPC).¹⁹⁴

No campo da execução em face da Fazenda Pública o tema ganha contornos especiais, tendo em vista a imposição do texto constitucional vigente após a Emenda Constitucional nº 30, de 2000 (art. 100, §1º), acerca do trânsito em julgado da sentença condenatória.¹⁹⁵ Some-se a isso, a Medida Provisória nº 2.180, de 24.8.2001, que ao acrescentar o art. 2º-B à Lei

¹⁹³ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 421.233-PE, Rel. Min Carlos Velloso. 15 de junho de 2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁹⁴ De acordo com a nova redação dada pela Lei 11.382, de 6.12.2006. A respeito da nova redação dada ao dispositivo citado, Nelson Nery Junior explica que “a norma alterou a natureza definitiva da execução iniciada e fundada em título extrajudicial, permitindo que possa transmudar-se, depois de definitiva, em provisória, caracterizando equívoco lógico. Nessa medida, restou superado o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência do STJ, que foi sumulada noutro sentido (STJ 317: ‘é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos’). O STJ 317 não tem mais aplicação em virtude da modificação do CPC 587 empreendida pela lei 11382/06. A nova sistemática permite que o exequente prossiga na execução até então suspensa pelo recebimento dos embargos no efeito suspensivo (CPC 739-A), quando sobrevier sentença que julgue os embargos do executado improcedentes.” NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 996.

¹⁹⁵ Antes da Emenda Constitucional 30/2000 a execução provisória tinha a aceitação tranqüila da jurisprudência. Vide a respeito, por exemplo, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 272.625-SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, 21 de dezembro de 2000. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

9.494/97, determina que a sentença, para os casos que especifica, somente possa ser executada após o seu trânsito em julgado.

As normas em questão, como se extrai de seus comandos, tolhem a efetividade das decisões judiciais condenatórias pecuniárias contrárias à Fazenda Pública, determinando que sua execução apenas se dê após a formação da coisa julgada material, cessadas, portanto, todas as possibilidades recursais. Significa dizer que mesmo os recursos extraordinário e especial, que não possuem efeito suspensivo e cuja espera por julgamento pode durar décadas, obstam que a decisão judicial possa, desde já, produzir efeitos úteis e concretos.

A jurisprudência pátria tem negado sumariamente a possibilidade de realização de execução provisória sob a égide da nova disciplina inaugurada com a Emenda Constitucional nº 30, de 2000.¹⁹⁶ Contudo, vale a pena consignar que algumas vozes autorizadas da jurisprudência nacional continuam entendendo como possível a execução provisória contra a Fazenda Pública; é o caso do ilustre processualista e Ministro do STJ, Teori Albino Zavascki, que relatando o julgamento do Recurso Especial nº 6.489-SP, proferiu o seguinte voto:

Há de se entender que, após a Emenda 30, limitou-se o âmbito dos atos executivos, mas não foi inteiramente extinta a execução provisória. Nada impede que se promova, na pendência de recurso com efeito apenas devolutivo, a liquidação da sentença, e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos (CPC, art. 730, primeira parte) ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados.¹⁹⁷

O debate a respeito da execução provisória tem relevante reflexo na análise que se esboça acerca da possibilidade de tutela antecipada em face do Poder Público que será tratada no tópico seguinte.

¹⁹⁶ Nesse sentido, Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 463.936-PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 23 de maio de 2006.

¹⁹⁷ Julgado em 27 de maio de 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

3.6.5. Demais espécies executivas e a Fazenda Pública.

Como já dito no início deste item, no que se refere às demais modalidades de execução, quais sejam, a de entrega de coisa certa móvel ou imóvel (art. 461-A do CPC) e a de fazer e não fazer (art. 461 do CPC), o Poder Público não goza de um regime processual peculiar, sendo-lhe aplicável, como regra, toda disciplina a qual se sujeitam as partes privadas do processo, sem prejuízo das prerrogativas processuais ordinárias a que faz jus (intimações pessoais, prazos dilatados e reexame necessário).

São passíveis de utilização em face do Poder Público todos os meios executivos previstos no CPC e na legislação esparsa para tais espécies executivas. Destarte, resta-se plenamente aceitável em face da Fazenda a realização de atos sub-rogatórios tais como busca e apreensão de bens móveis e a imissão na posse de bens imóveis, assim como de atos coercitivos, cuja desobediência sujeita o infrator às sanções dispostas na legislação processual comum.

Muito embora, nesta seara, a Fazenda Pública não seja beneficiada por regras processuais especiais, algumas complicações surgem na aplicação das normas executivas citadas quando se está diante, principalmente, de atos jurisdicionais de natureza mandamental destinados ao cumprimento pelo Poder Público e seus agentes.¹⁹⁸

É que neste terreno tem se observado, com certa frequência, que os meios executivos disponibilizados pelo CPC para satisfação dos titulares do direito à tutela comissiva ou omissiva não são suficientes, principalmente quanto àquelas espécies de fazer ou não fazer fungíveis, em que a satisfação do titular, em regra, pode ser obtida através da prestação de terceiros (única medida sub-rogatória prevista no CPC para a tutela desta espécie de obrigação). Em relação ao Poder Público percebe-se que, em alguns casos, muito embora se

¹⁹⁸ Os comentários que a seguir são feitos revelam-se igualmente aplicáveis ao cumprimento de decisões antecipatórias da tutela e cautelares deferidas contra o Poder Público.

esteja diante de obrigações indubitavelmente de natureza fungível, a norma processual civil não oferece, em princípio, meios sub-rogatórios para efetivação da medida judicial ordenada. Como exemplos típicos da problemática podem ser citados o mandamento voltado a implantar uma parcela ou um percentual em folha de pagamento do servidor e a alteração de algum aspecto de serviço regularmente prestado.¹⁹⁹

A propósito desta omissão Marcelo Lima Guerra defende, com base na discricionariedade do meio executivo dado ao juiz pelo art. 461, § 5º do CPC, a utilização do instituto da intervenção judicial previsto no art. 69 da Lei Antitruste (Lei nº 8.884, de 11.06.1994). Defende o autor citado:

Revela-se de extrema conveniência o uso, também no âmbito das execuções contra o Poder Público, e guardadas as devidas proporções, desse novo meio de execução direta das obrigações de fazer, a intervenção judicial. Graças à sua grande adaptabilidade tal meio executivo está apto a satisfazer prontamente qualquer obrigação de fazer em face do Poder Público, sobretudo aquelas que consistam não na realização de um serviço simples, mas no desempenho de atividades dentro do próprio âmbito da pessoa jurídica de direito público executada.²⁰⁰

Outro aspecto interessante que surge da análise do tema refere-se à tormentosa questão acerca de quais sanções são passíveis de aplicação, face à Fazenda e seus agentes, pelo descumprimento de determinado provimento jurisdicional mandamental.

Inicialmente, há de se registrar que a coercitividade materializada na multa cominatória disposta no art. 461, § 4º do CPC, no que se refere ao Poder Público encontra, na prática, algumas peculiaridade que a tornam inócua, devido à idiossincrasia própria da estrutura pública e da relação estabelecida entre o Estado e seus agentes.

¹⁹⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução contra o Poder Público**. In: Revista de Processo, São Paulo, nº 100, out./dez. 2000. p. 74.

²⁰⁰ Ibid., p. 75.

É que as *astreintes* antes de tudo representam uma medida de pressão psicológica, exercida contra a vontade, enquanto fenômeno psíquico, sendo, portanto, imprescindível para sua efetividade que a pressão de fato venha a recair sobre uma pessoa natural. Em se tratando de pessoas jurídicas privadas não se encontram maiores dificuldades de ocorrência desse fenômeno, uma vez que a relação exercida entre elas e seus agentes possibilita, com certa facilidade, que os prejuízos financeiros experimentados possam, de alguma forma, ser sentidos pelo preposto responsável pelo descumprimento da ordem judicial (a ameaça de demissão do empregado ou destituição do dirigente responsável pelo prejuízo são exemplos de medidas capazes de agir na vontade do agente transgressor da ordem).

Todavia, a aplicação de multa a ser suportada pelo erário pouca serventia tem, porque o agente público desobediente dificilmente se sensibilizará com a perda a ser gerada para o patrimônio estatal. Como bem adverte o mesmo Marcelo Lima Guerra

Incidindo sobre a própria pessoa jurídica é o seu patrimônio que será imediatamente atingido pela medida, cabendo ao poder público propor ação regressiva contra o agente que deu causa a incidência concreta da multa para obter dele o ressarcimento. Sabendo-se que a propositura dessa ação depende, muitas vezes, de ato ou iniciativa desse mesmo agente, e pode sempre ser retardada por manobras políticas, mesmo com a saída de tal agente, torna-se tão remota a possibilidade dessa ação regressiva, que a ameaça da multa é reduzida drasticamente.²⁰¹

Em razão disso, a única forma de compelir os agentes públicos ao efetivo cumprimento dos provimentos mandamentais seria através da utilização da disciplina do *contempt of court*, disposta no art. 14, parágrafo único, do CPC.²⁰² Entretanto, na realidade jurídica brasileira, a disciplina importada do direito anglo-americano (*common law*) ainda não surtiu a totalidade dos efeitos esperados, sobretudo no que se refere aos descumprimentos perpetrados por agentes do Poder Público.

²⁰¹ Ibid., p. 76.

²⁰² Acrescentado pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001.

A dificuldade de aplicação eficaz do instituto deve-se, outrossim, a dois fatores: o primeiro relacionado à dificuldade de identificação precisa e tempestiva do agente público responsável pelo cumprimento do mandamento judicial emanado; o segundo relacionado à ausência de instrumentos de coação psicológica de índole penal à disposição imediata do juiz da causa (de competência civil) – a ele cabe, tão-somente, providenciar a extração de cópias, para o Ministério Público apurar e, se for o caso, denunciar o agente transgressor perante o juízo criminal.²⁰³

3.7. Tutela cautelar e tutela antecipada em face da Fazenda Pública

A técnica da sumarização da atividade cognitiva do juiz tem se revelado um importante instrumento para a construção de um processo civil mais efetivo e consentâneo com as garantias constitucionais voltadas ao acesso à justiça. Ela se faz presente no ordenamento jurídico pátrio, em especial, por meio de dois institutos,: o da tutela cautelar, previsto no Livro III, do CPC, e o da tutela antecipada, prevista nos arts. 273 e 461, §3º, também do CPC.

As medidas cautelares, conforme prega Cândido Rangel Dinamarco, são aquelas

Com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil ao correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos.²⁰⁴

Por outro lado, as medidas ditas antecipatórias seriam

²⁰³ É hodiernamente concebida pela jurisprudência pátria a possibilidade de o agente público cometer o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal. Contudo, tratando-se de delito de menor potencial ofensivo, vedada se resta a possibilidade de prisão em flagrante nos casos em que o agente, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado Especial Criminal ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, Parágrafo único, da Lei n.º 9.099/95). Nesse sentido: Recurso Especial nº 442.035-RS, Rel. Gilson Dipp. 02 de setembro de 2003; Recurso Especial nº 556.814-RS, Rel. Arnaldo Esteves Lima. 07 de novembro de 2006. Disponíveis em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2008.

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58.

Aquelas que vão diretamente à vida das pessoas e, antes do julgamento final da causa, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício que a obtenção do bem irá proporcionar-lhe.²⁰⁵

Embora alguns setores da doutrina pátria ainda persistam em distinguir as duas formas de tutela, aplicando-lhes tratamento processual distinto, é fato irrefutável que ambas as espécies de tutela (cautelar e antecipada) têm por ponto central de similitude o caráter de urgência da medida pleiteada. Ambas as tutelas constituem, portanto, espécies do gênero tutela de urgência e, como tal, nascem a partir de um exercício de atividade cognitiva sumária (não exauriente) e são concebidas para serem instrumentos hábeis à efetivação dos direitos postos em jogo no bojo do processo.

A tutela de urgência, enquanto mecanismo diferenciado de prestação de tutela jurisdicional estatal, representa incomensurável contribuição ao desiderato da efetividade e da tempestividade, tão fortemente almejados pelos ordenamentos processuais dos dias atuais. No Brasil, o ordenamento vigente prevê, como disciplina geral aplicável ao processo civil, um elenco de fórmulas que remonta, necessariamente, a fatores relacionados à plausibilidade do direito e ao perigo na demora e que representam pressupostos a serem observados para concessão da tutela de urgência.²⁰⁶

No particular cosmo processual imanente aos litígios envolvendo o Poder Público, vige, atualmente, um conjunto de normas restritivas à concessão de tutelas de urgência (cautelar ou antecipada). O art. 1º, da Lei 8.437/92 impede a concessão de liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em qualquer outra ação de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança, em virtude de vedação legal. Outrossim, por força do art. 1º da Lei 9494/97 a

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ TALAMINI, Eduardo. **Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único.** In: Revista Dialética de Direito Processual. vol. 2. São Paulo: Oliveira Rocha. 2003. p. 17.

vedação citada também se aplica à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461, 461-A, todos do CPC.

Em síntese, tais normas tornam as tutelas de urgência defesas nas seguintes hipóteses:²⁰⁷ a) para liberação de mercadorias, bens ou coisas importadas (art. 1º, da Lei nº 2.270/56); b) nas ações que objetivam pagamentos de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público (art. 1º, §4º, da Lei nº 5.021/66), bem como a equiparação, concessão, aumento ou extensão de vantagens (art. 5º, da Lei nº 4.348/64); c) para deferir compensação de créditos tributários e previdenciários (art. 1º, §5º, da Lei nº 8.437/92, acrescentado pela Medida Provisória nº 2180-35, de 2001).

Parte da doutrina encara como legítimas as restrições impostas pelo legislador ordinário à concessão de provimentos urgentes. Para tal, indicam que a execução específica a que está sujeita a Fazenda (por meio de precatório, conforme prevê o art. 100, da CRFB) e a necessidade de preservação do interesse público na correção da decisão do juízo de primeiro grau (que ocorre através do reexame necessário, previsto no art. 475, I e II, do CPC), impedem que o regime geral das tutelas de urgência seja aplicado sem ressalvas.²⁰⁸

Contudo, a maior parte dos doutrinadores que se dedicam ao tema se posiciona radicalmente contra as restrições impostas pela lei, entendendo que as disposições afrontam a Constituição Federal no que toca à garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV).²⁰⁹

Assim, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, para quem a tutela de urgência resta-se garantida pelo princípio da inafastabilidade:

²⁰⁷ Na ação civil pública e no mandado de segurança coletivo o deferimento de tais provimentos, embora possível, fica condicionado à oitiva do representante legal do ente administrativo demandado (art. 2º, da Lei nº 8.437/92).

²⁰⁸ Nesse sentido, GIANESINI, Rita. **As prerrogativas e o interesse da Justiça**. In: SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 173-179.

²⁰⁹ Por todos: Sérgio Sahione Fadel, Juvencio Vasconcelos Viana, Reis Friede, Nelson Nery Júnior. *Apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 104.

O Art. 5, XXXV, da Constituição da República, garante o direito de acesso à justiça e esse direito tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, que deve ser compreendido como o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. O cidadão que afirma ter um direito deve ter ao seu dispor as medidas e os instrumentos necessários à realização do seu eventual direito (...)O cidadão, de fato, tem direito constitucional à tutela antecipatória. Do princípio da inafastabilidade decorre o direito ao devido processo legal, aí incluído, entre outros, o direito à adequada tutela jurisdicional, abrangendo o direito de petição, como ‘autêntico direito abstrato de agir’, o direito à tutela urgente e os direitos ao procedimento, à cognição ao provimento e aos meios executivos adequados.²¹⁰

O STF avaliou as restrições impostas ao regime de tutelas de urgências contra a Fazenda Pública em duas oportunidades: a primeira na ADI 236-6 – DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que tinha por mote analisar a constitucionalidade da Medida Provisória 173/90 (posteriormente convertida na Lei 8.437/92); a segunda na ADC 4 – DF, de relatoria do Ministro Sidney Sanches, que analisava a constitucionalidade da Lei 9.494/97, que estendeu à tutela antecipada o regime de restrição até então aplicável às cautelares e ao mandado de segurança.

Em síntese, entendeu a Corte Suprema que: a) enquanto não se restar impedido, pela via ordinária, que o Poder Judiciário aprecie lesão ou ameaça de lesão, o princípio da inafastabilidade se restará preservado; a restrição ao cabimento de algumas hipóteses de liminares não fere a inafastabilidade; b) a previsão abstrata prevista na lei não gera, de *per si*, agressão à garantia do acesso à justiça; o juiz, por meio do controle difuso, sempre poderá, no caso concreto, identificar elementos que justifiquem a concessão da liminar, a despeito das vedações legais existentes.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p; 159-160.

Data máxima vênia, parece-nos que o Pretório Excelso não andou bem ao adotar posicionamento favorável à constitucionalidade de normas que, a toda evidência, se apresentam como absolutamente antiquadas e retrógradas em termos garantísticos.

O regime restritivo composto pelas leis citadas está em desalinho com os clamores democráticos contemporâneos ligados ao exercício pleno da cidadania e pode redundar em teratológicas situações onde, em benefício de uma prerrogativa meramente processual constituída em face do Poder Público, poderá ser denegada, até mesmo, a tutela de direitos inerentes ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

Estabelecer, por lei abstrata e genérica, a impossibilidade de tutela de urgência para determinados casos, ademais, suscita sérias dúvidas acerca da usurpação da função judicante, atribuída constitucionalmente ao Poder Judiciário, a quem cabe, com exclusividade, a aferição dos pressupostos processuais para concessão das medidas urgentes.

Acene-se, ainda, que a impossibilidade de acesso à tutela jurisdicional adequada equivale à ausência de ordem jurídica válida e atuante, na medida em que se admite que o cidadão tenha certos direitos, mas não disponha de meios para exercê-los de forma efetiva e tempestiva.

Sem alimentar maiores discussões sobre a constitucionalidade das normas citadas, cabe, por derradeiro, um alerta fundamental sobre o ponto em tela: regra geral, as tutelas de urgência contra a Fazenda Pública são amplamente permitidas, desde que cumpridos os pressupostos legais exigidos para sua concessão (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*); há restrição à sua concessão tão somente nos casos discriminados em lei (Leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97). O alerta é de todo necessário uma vez que até mesmo o STJ já se equivocou, em tempos passados, ao adotar posicionamento mais abrangente acerca da questão, no sentido de que não caberia, como regra geral, a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, porquanto a execução contra ela ser feita de forma especial e com obediência ao disposto nos

artigos 730 do CPC e 100 da Constituição Federal.²¹¹ O equívoco interpretativo do STJ e de outros tribunais do País foi, em tempo, contido pelo STF através da edição da Súmula nº 729: “A decisão da ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”²¹²

²¹¹ Nesse sentido: Recurso Especial nº 182.830-RS, Rel. Min. Hélio Maosimann. 06 de outubro de 1998; Recurso Especial nº 231.993-PE, Rel. Min. Garcia Vieira. 16 de dezembro de 1999; Recurso Especial nº 195.988-RS, Rel. Min. Edson Vidgal. 15 de fevereiro de 2000; Recurso Especial nº 276.040-PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves. 16 de novembro de 2000. Disponíveis em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2008.

²¹² Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2008.

**CAPÍTULO QUARTO – A ATUAÇÃO PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA NO
DIREITO ESTRANGEIRO**

Tendo sido vistas, nos capítulos anteriores, algumas das principais características do atuar processual do Poder Público no direito brasileiro, entende-se por necessário conhecer, neste ponto, o regime processual aplicável às demandas envolvendo o Poder Público em alguns dos principais sistemas jurídicos estrangeiros. A empreitada ora anunciada, todavia, não tem por pretensão realizar um estudo aprofundado acerca de todos os aspectos que envolvem, no direito estrangeiro, a forma processual de atuação do Estado; em vez disso, visa-se com ela destacar algumas particularidades e institutos processuais que, por se apresentarem como interessantes ferramentas de aperfeiçoamento e melhoria das condições para o pleno exercício da garantia do acesso à tutela jurisdicional adequada, podem servir de inspiração para eventual empreitada reformista do modelo brasileiro.

Ademais, a perfunctória análise de alguns modelos processuais estrangeiros intenciona observar as linhas principiológicas que vêm orientando as reformas legislativas ocorridas em alguns dos principais ordenamentos do globo, sobretudo, nas últimas duas décadas.

4.1. Contextualizando os sistemas estrangeiros de controle dos atos estatais

A lexicógrafa Ruth Rocha define sistema como sendo uma “reunião de princípios reunidos de modo a estabelecer uma doutrina, ou a constituir um conjunto”.²¹³

Nessa linha, é possível entender por sistema de controle do Estado (como, aliás, já foi dito alhures neste trabalho), o conjunto de instrumentos apresentados pelo ordenamento jurídico para fiscalizar a conformidade dos atos estatais e eventualmente corrigi-los.

²¹³ ROCHA, Ruth. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Scipicione, 2005. p. 650.

No âmbito da doutrina administrativista (que, frise-se, é a que, historicamente, no Brasil, mais tem dado atenção ao tema em questão)²¹⁴ é tradicional e consolidada a idéia de que os sistemas de controle jurisdicional estatal existentes no direito comparado (*rectius*, europeu), apresentam-se corporificados em dois modelos: o *do contencioso administrativo* (também conhecido como *sistema de dualidade de jurisdição* ou *modelo francês*) e o *da unidade de jurisdição*.²¹⁵

De um modo geral, historicamente sempre se identificou, sobretudo tendo como base os ordenamentos jurídicos europeus, a existência de dois sistemas fundamentalmente distintos para o controle externo dos atos estatais por órgãos com funções decisórias: um de pleno controle jurisdicional, denominado *judicialista*, onde as decisões acerca dos conflitos estatais caberiam a tribunais integrados a uma ordem judicial, e outro, denominado *judiciarista* ou *quase-judicialista*, em que tal mister seria delegado a órgão administrativo independente, integrante da estrutura do próprio Poder Executivo e alheio à orgânica do Poder Judiciário (apesar de sua designação como *tribunal administrativo*).²¹⁶

²¹⁴ Esta situação talvez seja reflexo da realidade européia, onde a matéria em questão sempre recebeu maior atenção dos autores publicistas, uma vez que os processualistas sempre foram mais preocupados com o estudo do processo civil, que na Europa, tradicionalmente, possui abrangência limitada às ações que veiculam direitos decorrentes de relações eminentemente privadas. Estes últimos só passaram a lançar seus olhares para o tema em questão, na medida em que as garantias do processo justo e da tutela jurisdicional efetiva foram ganhando, na seara da jurisdição administrativa, maior peso jurídico no cenário constitucional europeu, fenômeno continuado que vem ocorrendo desde o pós-guerra, principalmente por conta da atuação firme e marcante da Corte Européia de Direitos do Homem. Nada obstante, ainda hoje, os principais tratadistas europeus do tema são, em sua maioria, estudiosos do direito público (como, por exemplo, em Portugal, Mario Aroso de Almeida, Diogo Freitas do Amaral e José Carlos Vieira de Andrade, e, na Espanha, Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez e Fernandez Rodríguez), fenômeno perfeitamente explicável, principalmente, em face da concepção instrumentalista do processo hodiernamente vigente.

²¹⁵ Por todos, CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 753; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52-58; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 640.

²¹⁶ Nesse sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A Justiça Administrativa**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 17-18. Em complemento, o mesmo autor aponta um terceiro modelo, denominado *judicialista mitigado*, que se diferencia do *judicialista pleno*, porquanto “as sentenças dos tribunais (especializados ou mesmo comuns), apesar da competência decisória destes, não têm força executiva ou têm uma forma executiva fortemente limitada perante a Administração - em regra, por estarem sujeitas à publicação por esta, ou por dependerem da boa vontade administrativa para as executar” (p. 19).

Essa classificação dos modelos de controle jurisdicional dos atos estatais, que se restou deveras conhecida no Brasil merece, todavia, ser revista, basicamente, por dois motivos. O primeiro atine à necessidade (*rectius*, imprescindibilidade) de atualizá-la à realidade normativa vigente no contexto europeu contemporaneamente, consolidada, sobretudo, após a segunda guerra mundial, por meio da atuação determinante da Corte Européia dos Direitos do Homem.

Segundo fator que torna a revisão forçosa é a sua incompletude, já que a tradicional classificação não contempla uma série de peculiaridades e variantes dos modelos processuais vigentes em cada país, que fazem com que cada um deles detenha uma forma jurisdicional peculiar de tratamento dos conflitos envolvendo o Poder Público. Registre-se, aqui, entretanto, que essa falha no modelo de classificação adotado pela eminente escola administrativista brasileira, tem total justificativa, na medida em que a simples distinção entre os dois modelos existente era e continua sendo suficiente para que ela promova o desenvolvimento disciplinar almejado para o ramo do direito que se propôs a estudar. Isto porque, o estudo do direito administrativo, neste peculiar aspecto, volta-se mais a enxergar o fenômeno da atividade jurisdicional sob a perspectiva do controle a ser exercido sobre os atos estatais, que pelo prisma da atividade judicante, em si, seara cognitiva indubitavelmente mais imanente ao desígnio científico do direito processual.

Seja como for, sendo impositivo ao direito processual direcionar seus olhares para esta disciplina específica, parece adequado que, nesta fase histórica, haja a proposição (*rectius*, apresentação) de um modelo classificatório mais completo e esclarecedor acerca dos sistemas de controle externo dos atos estatais.

A proposta, que será mais bem detalhada nos itens subseqüentes, passa pela identificação de quatro modelos de controle distintos no cenário internacional: *jurisdição administrativa onde se conjugam as atribuições de consultoria e julgamento (França)*,

*jurisdição administrativa formada por uma ordem judicial autônoma (Alemanha e Portugal), jurisdição administrativa como integrante de uma jurisdição suprema (Espanha) e jurisdição civil na tradição do judicial review (Inglaterra e EUA).*²¹⁷

Antes, contudo, de iniciar o estudo pontual de cada um dos sistemas mencionados, interessante se afigura firmar um posicionamento acerca da terminologia a ser adotada, doravante, quando da referência a ser feita à específica matéria *in examine*, qual seja, o “sistema de mecanismos e de formas ou processos destinados à resolução das controvérsias nascidas de relações jurídicas administrativas”.²¹⁸

Entendemos que as designações *justiça administrativa* e *jurisdição administrativa* são mais apropriadas que a expressão *contencioso administrativo*, tradicionalmente utilizada pela doutrina pátria e estrangeira como sinônima das duas primeiras. A preferência pela terminologia tem uma razão muito simples, sobretudo se levado em consideração que o presente trabalho se coloca dentro de um estudo voltado ao ramo do direito processual: os termos “justiça” e “jurisdição” denotam o caráter eminentemente jurisdicional que qualifica a atividade *in casu* analisada.²¹⁹ Ademais, no Brasil, a terminologia *contencioso administrativo* é usualmente utilizada para designar o fenômeno processualístico que ocorre no âmbito interno da própria administração, regido por normas procedimentais próprias²²⁰ e objeto de estudo, principalmente, do direito administrativo e tributário. Assim, na praxe jurídica e

²¹⁷ A classificação é proposta por FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Presses Universitaires de France: Paris, 2006. p. 120-137.

²¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., nota 216, p. 9.

²¹⁹ Nesse sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., nota 216, p. 11. Também em repúdio à utilização da denominação, em razão de entender, com base nas lições de Marcello Caetano, que sobre ela pesaria um “preconceito existente em muitos países contra o que se julga ser a subtração autoritária dos atos da Administração ao conhecimento dos juízes ordinários”, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Breves Reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 211, janeiro/março-1998. p. 65.

²²⁰ A Lei 9.784, de 27.01.1999, dispõe sobre os princípios e regras aplicáveis ao processo administrativo no âmbito federal.

acadêmica brasileira, é comum a utilização da expressão *contencioso administrativo* para nomear o processo cuja relação se desenvolve de forma linear, entre a Administração e o particular.²²¹

Todavia, em razão do peso da tradição doutrinária e normativa da expressão *contencioso administrativo* não seria legítimo tratar a sua utilização como incorreta. Em função disso, muito embora, doravante, seja intenção do autor evitar o uso de referida expressão, não será ela totalmente abandonada, sendo utilizada em algumas passagens específicas onde sua aplicação demonstrar-se mais adequada que as demais expressões pelas quais fora declinada a predileção.²²²

4.2. Modelo de jurisdição administrativa onde se conjugam as atribuições de consultoria e julgamento (França)

A estruturação, em França, de uma jurisdição administrativa apartada dos tribunais judiciais comuns é resultado de um processo histórico desencadeado a partir da plataforma ideológica adotada pela Revolução Francesa, no fim século XVIII (1789), que se restou difundida, sobretudo durante o século XIX, por toda a Europa.²²³

²²¹ Muito embora a matéria em questão desperte maior interesse do direito administrativo, nos últimos tempos, alguns processualistas de renome vêm identificando certas similitudes entre os institutos do processo administrativo e do processo judicial, produzindo, em virtude disso, material de extrema relevância para o melhor entendimento deste particular aspecto de funcionamento da atividade estatal. Exemplo disso é o excelente trabalho escrito por Ada Pellegrini Grinover: **Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais**. Revista Forense, v. 387, p. 3-22, 2007.

²²² Michel Fromont trata desta questão terminológica, assentando que a idéia de contencioso administrativo é mais abrangente que a idéia de justiça administrativa: “Par contentieux administratif, nous entendons toute réclamation d’une personne privée contre l’agissement d’une autorité administrative, qu’elle soit portée devant une autorité administrative ou une juridiction.” FROMONT, Michel. Op. cit., nota 217, p. 110.

²²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Breves Reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 211, janeiro/março-1998, p. 65. O mesmo autor assevera, com base nas lições de André de Laubadère, que, em verdade, “a Revolução Francesa não

O principal fundamento para a criação de um modelo jurisdicional independente e apartado da jurisdição comum tinha guarida nos ideais liberais da Revolução, dentre os quais tinha significativa força o princípio da tripartição dos Poderes de Montesquieu. Partia-se do pressuposto que uma vez dada, ao Poder Judicial, a atribuição de julgar os litígios envolvendo a Administração, haveria extrema possibilidade de ingerência indevida de um Poder em outro, causando, com isso, tumulto à atividade administrativa e perda de independência do Poder Executivo.

Somado a isso, o raciocínio veiculado pela corrente revolucionária tinha correlação com o sentimento generalizado de desconfiança que os demais Poderes nutriam em relação ao Poder Judicial, nascida a partir da experiência traumática representada pela atividade jurisdicional desempenhada pelos parlamentos durante o Antigo Regime. Não por outra razão que, aos olhos da Revolução, o Poder Judicial sempre foi encarado como verdadeiro rival do Poder Administrativo.²²⁴

A primeira manifestação estatal a externar essa ideologia revolucionária foi a Lei de nº 16, de 24 de agosto de 1790, dispondo que:

As funções judiciárias estão e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, obstacularizar de qualquer maneira as operações dos corpos administrativos nem citar os administradores em razão de suas funções.

Posteriormente, a Constituição Francesa de 03 de agosto de 1791, consignou que “os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar, para perante eles comparecerem, os administradores, por atos funcionais.”

inovou quando trouxe a idéia da Jurisdição Administrativa, e sim retomou, por sua conta, a herança do Antigo Regime, conferindo aspecto sistemático e colocando-se em prol das concepções revolucionárias” (p. 66). Hely Lopes Meirelles, na mesma linha, afirma que a jurisdição administrativa, em França, “resultou da acirrada luta que se travou no ocaso da Monarquia entre o Parlamento, que então exercia funções jurisdicionais, e os intendentes, que representavam a administração local.” MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., nota 215, p. 52-53.

²²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., nota 223, p. 66.

Inicialmente, tal arquétipo normativo (reforçado pelas Leis de nº 6, de setembro de 1790, e de nº 7, de outubro de 1790) deu margem à criação do sistema do administrador-juiz ou administrativista puro, em que as decisões acerca dos conflitos de interesses envolvendo os entes administrativos eram atribuídas a órgãos da própria Administração.²²⁵ Partia-se da premissa de que julgar a administração era também administrar.²²⁶

Contudo, a idéia de dar a um mesmo órgão a possibilidade de ser, ao mesmo tempo, juiz (investido de poder decisório definitivo) e parte de um conflito tratou de ser rejeitada pela história, que impôs a separação da administração ativa da julgadora. Foi inaugurado, em função disso, através do marco representado pela Lei de 24 de maio de 1872, um modelo *judiciarista* (também conhecido como *justiça delegada* ou *quase-judicialista*), em que o Conselho de Estado Francês e os órgãos da jurisdição administrativa de instâncias inferiores (subordinados ao primeiro) resolviam os conflitos envolvendo a Administração, sem ingerência direta do Poder Executivo.²²⁷

O modelo proposto tinha basicamente dois motes: por um lado, visava a atender ao princípio da separação dos poderes, mantendo os atos da Administração fora do espectro de atuação e controle do Judiciário; por outro, intencionava garantir o postulado da imparcialidade do órgão julgador, extremamente necessário à legitimidade e justiça das decisões tomadas em sede de contencioso administrativo.²²⁸

²²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., nota 216, p. 17.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., nota 223, p. 67.

²²⁸ Esta foi a interpretação que, com base na nova realidade normativa, passou a ser dada pelo próprio Conselho de Estado francês. É indicado como julgado pioneiro desta tendência jurisprudencial de valorização do princípio da imparcialidade uma decisão de 13.12.1889 (Julgamento *Cadot*). Na ocasião foi suprimida a jurisdição ordinária de primeiro grau (à época, afeta a Ministro do Estado Francês) e atribuída a competência originária para o julgamento da lide ao próprio Conselho de Estado (criado, em princípio, para ser uma Corte de Apelação).

Essa configuração da jurisdição administrativa francesa foi, no geral, mantida até os dias de hoje, muito embora as duas últimas constituições (a atual, de 04 de outubro de 1958, e a anterior, de 27 de outubro de 1946) não tenham feito menção expressa à existência de uma jurisdição administrativa, ao lado das disposições consagradas ao Poder Judiciário (*autorité judiciaire*).²²⁹ A previsão constitucional, contudo, vem sendo encarada como implícita pela jurisprudência do Conselho Constitucional francês, ao argumento de que existe um princípio fundamental reconhecido pelas Leis da República, com valor constitucional, que estabelece a jurisdição administrativa ao lado da judiciária, resguardando a ela uma competência própria.²³⁰

Atualmente, a jurisdição administrativa francesa encontra-se organizada em três níveis: tribunais administrativos; tribunais administrativos de recursos e Conselho de Estado.²³¹ Os tribunais administrativos (sucessores dos chamados Conselhos de Prefeitura) exercem o papel de julgadores de primeira instância do contencioso administrativo. Já os tribunais administrativos de recurso, criados pela Lei de 31 de dezembro de 1987,

²²⁹ A Constituição Francesa de 1958 (atualmente vigente) faz referência, apenas, às funções consultivas do Conselho de Estado. Como exemplo, podem ser citados o artigo 37 (“*Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat*”), o artigo 38 (“*Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat*”) e o artigo 39 (“*Les projets de loi sont délibérés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées*”). Vale destacar, contudo, que o artigo 74 da Constituição Francesa de 1958 manteve expressamente a possibilidade de, nos termos da lei, haver controle jurisdicional do Conselho de Estado sobre alguns atos específicos praticados pelas chamadas *Collectivités Territoriales* (entes equivalentes às autarquias territoriais do direito brasileiro, dispostas no artigo 33 da CRFB): “*La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles : - le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi .*”

²³⁰ A decisão do Conselho Constitucional Francês que inaugura este pensamento é a de nº 86.224 – DC, de 23 de janeiro de 1987. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/general/decision.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

²³¹ A jurisdição administrativa francesa compreende, ainda, cerca de quarenta jurisdições especializadas, todas sujeitas ao Conselho de Estado. Elas exercem suas atribuições em diversas áreas específicas, tais quais, refugiados (comissão de recursos dos refugiados) e ação social (comissão central de ajuda social).

representam uma instância intermediária entre os tribunais administrativos e o Conselho de Estado.

Por fim, o Conselho de Estado, figura no topo da hierarquia jurisdicional administrativa francesa, tendo competência: a) **originária** - para o julgamento de determinadas matérias, tais como, impugnações contra decretos do Presidente da República e do Primeiro-Ministro, e atos regulamentares dos ministros, assim como para outros atos e decisões administrativas cujo campo de aplicação ultrapasse o âmbito de competência de determinado tribunal administrativo; b) **recursal** - para certas matérias, em particular o contencioso das eleições municipais e cantonais;²³² e c) **de cassação** – para julgar pareceres dos tribunais superiores administrativos e decisões das jurisdições administrativas especializadas.

O Conselho de Estado, ainda hoje, é órgão integrante do Poder executivo,²³³ exercente de dupla função estatal: consultiva-governamental e contencioso-decisória. Sua composição e o funcionamento são bastante complexos, contando com aproximadamente trezentos funcionários, divididos entre auditores, juristas e conselheiros.²³⁴ Com relação à composição do Conselho de Estado francês, a doutrina estrangeira tem formulado as seguintes críticas:²³⁵

a) seus julgadores não são recrutados da mesma forma que juízes comuns, sendo nomeados pelo Presidente da República ou pelo Primeiro Ministro; b) os membros do Conselho de

²³² Esta competência do Conselho de Estado foi sensivelmente reduzida, após o advento da Lei de 31 de dezembro de 1987, que deu início ao processo de reforma do contencioso administrativo francês.

²³³ FROMONT, Michel. Op. cit., nota 217, p. 121.

²³⁴ Os auditores são recrutados através de concurso promovido pela Escola Nacional de Administração (artigo L. 233-2 do Código de Justiça Administrativa). Os auditores tornam-se em seguida consultores e depois conselheiros de Estado. A esse recrutamento acrescentam-se as nomeações externas feitas entre juristas, acadêmicos e funcionários públicos que cumpram os requisitos necessários à investidura nos referidos cargos (trinta e quarenta e cinco anos de idade para consultor e conselheiro, respectivamente, e 10 anos de serviço público para ambos). Fonte <http://www.conseil-etat.fr/ce/organi/index_or_me01.shtml>. Acesso em: 20 jan. 2008.

²³⁵ FROMONT, Michel. Op. cit., nota 217, p. 12.

Estado não possuem status e garantias típicas dos magistrados judiciais;²³⁶ c) uma parte considerável dos membros do Conselho (quase dois terços) podem exercer ao mesmo tempo função de julgamento e consultiva, participando da elaboração das leis e demais normas de iniciativa do Poder Executivo ou dando, a pedido do Poder Executivo, parecer sobre projetos de decretos e todos os outros projetos de norma;²³⁷ d) os órgãos de julgamento do Conselho de Estado mais numerosos compreendem, em sua formação, conselheiros de Estado lotados, ao mesmo tempo, em seções ou órgãos que cumulam as atividades contenciosas com as administrativo-consultivas.²³⁸⁻²³⁹

Inúmeros países da Europa, ainda hoje, adotam o padrão *judiciarista* de contencioso administrativo e possuem, nos moldes franceses, no topo da estrutura de sua jurisdição administrativa um Conselho de Estado. Como exemplo podem ser citados Holanda, Bélgica, Grécia e Itália.²⁴⁰

Nada obstante sua adoção em boa parte dos países europeus, o modelo *judiciarista* francês tem sofrido, nos últimos tempos, inúmeras e contundentes críticas. Tais críticas são voltadas, principalmente, à necessidade de lançamento de uma perspectiva mais democrática sobre o fenômeno da jurisdição administrativa, a partir da qual o sistema de controle

²³⁶ Um dos principais problemas decorrentes desta realidade refere-se à ausência da garantia de inamovibilidade dos julgadores, que, de forma mais corriqueira, é sentida no caso de destacamento de alguns membros do Conselho de Estado para exercício de funções administrativas em gabinetes ministeriais, órgãos ou empresas públicas. Através da Lei nº 148, de 2 fevereiro de 2007 (que, entre outras coisas, promoveu a alteração do artigo L. 233 do Código de Justiça Administrativa), foram colocadas algumas restrições para que os destacamentos ocorressem.

²³⁷ Artigo L. 112-1 do Código de Justiça Administrativa.

²³⁸ Artigos R. 122-15, R. 122-18 e R.122-20, todos do Código de Justiça Administrativa.

²³⁹ Vale asseverar, contudo, que os órgãos jurisdicionais administrativos colocados sob o Conselho de Estado têm feições muito parecidas com as dos tribunais comuns. Os seus integrantes são qualificados como juízes e gozam das garantias de independência que lhes confere a lei (artigo L. 231-1 e L. 236-3 do Código de Justiça Administrativa), ainda que uma parte deles ainda seja recrutada dentre os auditores formados pela Escola Nacional de Administração (e não pela Escola Nacional da Magistratura). Além disso, suas competências são eminentemente contenciosas, sendo reduzidas suas atribuições consultivas.

²⁴⁰ FROMONT, Michel. Op. cit., nota 217, p. 120.

jurisdicional dos atos estatais seja mais voltado à justa e efetiva tutela dos interesses dos cidadãos face ao Poder Público que às necessidades institucionais do Estado de incolumidade e preservação da clássica principiologia da tripartição dos Poderes.

Nessa linha evolutiva, podem ser identificados três principais pontos sensíveis do modelo francês: a) a presença de uma jurisdição especial pode ser encarada como um privilégio afeto à Administração, que conduz a um direito de exceção, prejudicial ao eficiente controle sobre os atos estatais, na medida em que se submete os litígios a órgão integrante da mesma estrutura de poder; b) o regime de exceção levanta dúvidas a respeito da observância do princípio da igualdade entre o Poder Público e o cidadão; e c) a divisão de competência entre tribunais comuns e administrativos gera graves dúvidas e incertezas sobre qual deles tem atribuição para julgar determinadas causas, o que pode gerar incômodos e perda de tempo por parte dos cidadãos.²⁴¹

É inegável que a França, nas últimas décadas, vem tentando caminhar em busca de um modelo de prestação jurisdicional mais garantístico, consubstanciado, sobretudo, no princípio do juiz legal, esculpido no art. 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem.²⁴² Como passos dessa jornada, surgem algumas leis reformadoras, dentre as quais merecem destaque a Lei nº 125, de 8 de fevereiro de 1995,²⁴³ que possibilita a suspensão cautelar dos efeitos de atos administrativos e altera o regime de execução das decisões dos tribunais administrativos,

²⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., nota 223, p. 71-72.

²⁴² Eis a redação do dispositivo citado: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

²⁴³ Relativa à organização das jurisdições e ao processo civil, penal e administrativo franceses.

e a Lei nº 597, de 30 de junho de 2000,²⁴⁴ que promove um reforço à proteção de direitos por meio da tutela de urgência (*référé*).²⁴⁵

Também no campo jurisprudencial se observa uma tendência cada vez mais forte de valorização dos princípios ligados ao acesso à justiça, tais como o da imparcialidade e independência das jurisdições (sejam elas administrativas ou judiciais) em relação aos demais Poderes.²⁴⁶

Contudo, tais passos ainda são bem tímidos e, muito embora, representem uma tendência que pode culminar num modelo *judicialista*, não são suficientes para retirar do modelo francês os traços marcantes que o identificam, inquestionavelmente, como um sistema de jurisdição dualista.

4.3. Jurisdição administrativa formada por uma ordem judicial autônoma (Alemanha e Portugal)

A idéia de ordem jurisdicional administrativa, propriamente dita, assim entendida aquela que, integrante da estrutura do Poder Judiciário, é responsável pelo tratamento e resolução dos conflitos de interesses envolvendo o Poder Público, vê-se refletida com extrema fidelidade pelo modelo de jurisdição administrativa alemão.

²⁴⁴ Relativa à tutela provisória (*référé*) diante das jurisdições administrativas francesas.

²⁴⁵ José Carlos Barbosa Moreira ensina que no sistema francês “de acordo com a tradição, as notas essenciais do *référé* consistem no pressuposto da urgência, no caráter provisório e na ausência de efeito vinculativo para o juiz incumbido da causa principal”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela de Urgência e efetividade do direito. In: Temas de Direito Processual: oitava série.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

²⁴⁶ Nesse sentido, Decisão nº 80.1999 DC, de 22 de julho de 1980, do Conselho Constitucional Francês. Disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/general/decision.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

Trata-se, hodiernamente, do sistema mais difundido e reproduzido nos países da Europa, porquanto parecer o mais apto e coerente para, simultaneamente, garantir a independência do órgão julgador e a especialização necessária para o adequado tratamento das causas envolvendo os entes públicos.²⁴⁷

A Lei Fundamental para a República da Alemanha, de 1949, reza que todos os órgãos jurisdicionais do País são pertencentes a um mesmo poder, o Poder Judiciário (artigo 92).

Existem na Alemanha, de acordo com o artigo 95 da Lei Fundamental, cinco jurisdições completamente independentes em termos organizacionais, cada uma delas possuindo o seu próprio órgão jurisdicional superior: a) a jurisdição ordinária de direito civil e penal; b) a jurisdição trabalhista para processos de direito do trabalho, especialmente proteção em caso de demissão; c) os tribunais sociais, para litígios do sistema de proteção social (por exemplo, planos de saúde, aposentadorias, auxílio desemprego); d) os tribunais financeiros, para impostos e aduanas; e) os tribunais administrativos para outros litígios na área do direito público (por exemplo, direitos dos estrangeiros, construções e planejamento, direito dos servidores públicos e direito comercial).²⁴⁸

O conjunto formado pelas três últimas estruturas judiciais citadas pode ser denominado de *jurisdição pública*²⁴⁹ e constitui objeto principal de três importantes leis: a Lei de 21 de janeiro de 1960, sobre os tribunais administrativos, a Lei de 6 de outubro de 1965, sobre os tribunais financeiros (ou fiscais) e a Lei de 3 de setembro de 1953, sobre os órgãos jurisdicionais sociais.²⁵⁰

²⁴⁷ FROMONT, Michel. Op. cit., nota 217, p. 129.

²⁴⁸ HIEN, Eckart. **A reforma do sistema judicial alemão**. In: Revista CEJ, Brasília, n. 34, jul./set. 2006. p. 53.

²⁴⁹ Ibid., p. 54.

²⁵⁰ FROMONT, Michel. Op. cit., nota 217, p. 128.

Os juízes integrantes da chamada *jurisdição pública* possuem o mesmo status dos juízes das demais ordens judiciais (ordinária e trabalhista), estando, portanto, sujeitos ao mesmo estatuto garantístico e à mesma forma de recrutamento.²⁵¹ Ademais, os órgãos integrantes da *jurisdição pública* alemã desempenham tarefas exclusivamente contenciosas, não exercendo, em contrapartida, qualquer mister consultivo.²⁵²

Inspirado no modelo alemão a Constituição Portuguesa de 1976 (atualmente vigente), consagrou o “*modelo judicialista*, de contencioso integralmente jurisdicionalizado, atribuído a uma ordem judicial autônoma de *competência especializada*”.²⁵³ Está prevista constitucionalmente, assim, a existência obrigatória de tribunais administrativos e fiscais como verdadeiros órgãos judiciais, integrados à ordem judicial (artigo 209.º, n.º 1, alínea b),²⁵⁴ competindo-lhes a jurisdição comum em matéria administrativa (artigo 212.º, n.º 3).²⁵⁵ Tal jurisdição goza de completa independência (artigo 212.º, n.º 1 e n.º 2)²⁵⁶ e seus membros possuem todas as garantias inerentes aos demais juízes (artigo 216.º).

Os tribunais administrativos e fiscais portugueses são divididos em três esferas: a) o Supremo Tribunal Administrativo (STA), órgão de cúpula da estrutura judicial administrativa, responsável pela revista de algumas decisões tomadas pelos Tribunais Centrais

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

²⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., nota 216, p. 31-32.

²⁵⁴ Assim dispõem os dispositivos citados: “1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:(...) b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais.”

²⁵⁵ Assim dispõe o dispositivo citado: “3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.”

²⁵⁶ Assim dispõem os dispositivos citados: “1. O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional. 2. O Presidente do Supremo Tribunal Administrativo é eleito de entre e pelos respectivos juízes.”

Administrativos (em revista ou como órgão de 2ª instância, no caso daqueles atuarem como primeira), pela uniformização da jurisprudência em matéria de direito público e, excepcionalmente, pelo julgamento em primeira instância (competência originária) de algumas causas particularmente interessantes em função da matéria ou da parte pública envolvida; b) os Tribunais Centrais Administrativos (TCA's), órgãos que, ressalvada a competência originária para conhecimento de algumas ações específicas, atuam em segunda instância (artigo 35.º do Estatuto dos Tribunais Administrativo e Fiscais - ETAF); e c) os Tribunais Administrativos de Círculo (TAC's), que correspondem aos juízos locais de primeira instância (artigo 17.º do ETAF).

4.4. A justiça administrativa como integrante de uma jurisdição suprema (Espanha)

Este modelo de estruturação da jurisdição administrativa representa, na verdade, uma simples alternativa ou desdobramento do modelo anteriormente visto. Trata-se, portanto, de um mero corolário de forte inspiração no direito alemão, adotado por boa parte dos países da Europa do leste (entre outros, Hungria, Eslovênia, Romênia e Estônia).²⁵⁷

Cabe observar, contudo, que antes mesmo de o modelo alemão se consolidar e ganhar reconhecimento internacional, alguns países, entre os quais destacam-se Espanha e Suíça, com ele já eram comprometidos. Por essa razão, o fortalecimento do modelo Alemão, no caso desses países, antes de inspirar o modelo de justiça administrativa por eles adotado, prestou-se, sobremaneira, a fortalecer e acentuar o princípio da unidade jurisdicional.²⁵⁸

²⁵⁷ FROMONT, Michel. Op. cit., nota 217, p. 130-135.

²⁵⁸ Ibid., p. 132-133.

Detendo a análise ao caso da Espanha, afirma-se que o modelo em comento restou-se institucionalizado em terras espanholas por meio da *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956*, que optou por um *sistema judicial puro*, ao garantir que as decisões do chamado *recurso contencioso-administrativo* recaíssem exclusivamente sobre o Poder Judicial, por sua inequívoca natureza jurisdiccional.²⁵⁹⁻²⁶⁰ A jurisdiccionalização plena neste terreno chega através da Constituição Espanhola de 1978 que em seu art. 117.3, consagra que

El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

Nessa mesma linha axiológica o art. 117.5 da Constituição Espanhola assevera que “el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales.” Por fim o artigo 106.1 dispõe que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.”

Atualmente, de acordo com a Lei nº 6/1985, de 01 de julho de 1985 (*Ley Orgánica del Poder Judicial - LOPJ*) e a Lei 29/2008, de 13 de julho de 1998 (*Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa - LJCA*), existem órgãos jurisdicionais especializados em contencioso administrativo em todos os níveis do Poder Judiciário espanhol, sendo a estrutura desse contencioso especial análoga a dos juízos comuns (penal e civil).

²⁵⁹ PORTALÉS, Leticia Fontestad. **La jurisdicción contencioso administrativa en España**. In Revista CEJ, Brasília, n. 34, jul./set. 2006. p. 62.

²⁶⁰ Leticia Fontestad Portalés lembra que antes desta lei a “España adopta, con la conocida como Ley de Santamaría Paredes de 1888, un sistema mixto entre las dos teorías contrapuestas sobre la organización jurisdiccional existentes hasta el momento: la teoría judicialista y la teoría administrativista. La Ley de Santamaría Paredes, de 1888, introduce un sistema mixto en el cual se crean unos organos de naturaleza mixta (judiciales y administrativos), a los que se les atribuye competencia para resolver los conflictos contra la Administración que ante ellos se plantean y con poder de decisión propia, de forma que dichos órganos resolvían definitivamente.” Ibid., p. 63.

Os órgãos que integram a estrutura jurisdicional do contencioso administrativo espanhol são os seguintes: a) juízos do contencioso administrativo - existe um ou vários juízos em cada província (ou outras localidades determinada por lei) com sede em sua capital e jurisdição por toda ela; b) juízos centrais do contencioso administrativo, com sede em Madri, competentes para o julgamento de certos atos de alcance nacional (art. 9º, LJCA); c) Seções do contencioso administrativo dos Tribunais Superiores de Justiça (art. 10 LJCA e 74 LOPJ); d) Seção do contencioso administrativo da Audiência Nacional (art. 11 LJCA e 66 LOPJ); e) Seção do contencioso administrativo do Tribunal Supremo – Sala III (Art. 12 e 58 LOPJ).²⁶¹

Esses órgãos jurisdicionais especiais não possuem qualquer competência consultiva; até existe, na Espanha, um Conselho de Estado para tal tarefa, mas diferentemente do que ocorre na França, tal órgão não possui qualquer atribuição jurisdicional.

Vale por fim registrar que o estatuto dos juízes administrativos é o mesmo aplicável aos juízes comuns, sendo assegurado aos primeiros, indistintamente, todo o complexo de garantias funcionais previstas para os segundos.

4.5. O modelo jurisdicional civil e a tradição do judicial review (Reino Unido e EUA)

Diferente do que ocorre nos países da Europa continental, no sistema britânico, em virtude da forte tradição do sistema da *common law*, rejeita-se a idéia de uma estrutura jurisdicional e procedimental diferenciada (dentro ou fora do Judiciário) para julgamento dos conflitos envolvendo o Poder Público.

²⁶¹ Ibid., p. 65.

Em função disso, no Reino Unido, como regra, a competência para conhecer dos processos em que figura como parte o Estado britânico pertence ao juízo de direito comum, apto a promover o controle e a revisão judicial (*judicial review*) de qualquer ato estatal que se apresente em desconformidade com o direito.²⁶²

Vale o apontamento, contudo, de que existe no Reino Unido um grupo de juízos especializados e competentes para as ações relacionadas às atividades dos entes estatais britânicos, denominados de Cortes Administrativas (*Administrative Courts*). A presença de tais órgãos judiciais especializados na estrutura jurisdicional britânica, todavia, não é fato relevante ou suficiente para abonar a existência de uma verdadeira justiça administrativa. Dentre outros motivos que dão base a essa assertiva, revela-se essencialmente importante para distinguir o modelo britânico do modelo *judicialista administrativo* adotado por vários países da Europa Continental (conforme já visto nos itens 4.1.3 e 4.1.4, supra), a constatação de que na realidade judicial administrativa anglo-saxão: a) não há recrutamento específico para carreira dos juízes que atuam junto às Cortes Administrativas, sendo os magistrados que nelas atuam oriundos da mesma carreira dos juízes comuns (penal e civil); e b) inexistem, para tais órgãos especializados, um corpo de regras processuais e estruturais específicas distintas daquelas aplicáveis às causas ordinárias e aos tribunais comuns.²⁶³

O *judicial review* levado a cabo pelas *Administrative Courts* é, via de regra, efetivado por variadas espécies de ordens especiais, dentre as quais se destacam a *certiorari* (para fins anulatórios de atos administrativos), a *prohibition* (ordem para proteção preventiva voltada a

²⁶² FROMONT, Michel. Op. cit., nota 217, p. 136-137.

²⁶³ Ibid., p. 136.

inibir uma ilegalidade temida), o *mandamus* (ordem dada a uma autoridade que recusa a cumprir determinado dever legal que lhe cabe) e o *writ* de habeas corpus.²⁶⁴

Há, ademais, um conjunto de ordens e decisões comumente geradas nos processos envolvendo particulares que são, igualmente, utilizadas no *judicial review*, das quais destacam-se a *declaration* e a *injunction*, esta última consistente em ordem para que alguém faça ou deixe de fazer algo.²⁶⁵

Muito embora se propague que no sistema do *judicial review* britânico todas as causas não-penais (civis, administrativas, tributárias etc.) possuem tratamento idêntico em termos processuais, existem, na realidade, normas específicas a serem aplicadas aos processos envolvendo a Coroa Britânica, tal qual aquela referente à suspensão cautelar, que encontra previsão no *Supreme Court Act 1981, Section 37* e na *Order of the Supreme Court*; tais ordens são concedidas pelos juízes apenas em caráter excepcional.²⁶⁶

Por influência de seus colonizadores, os EUA também têm no *judicial review* a fórmula pela qual o Poder Judiciário exerce o controle jurisdicional dos atos do Poder Público norte-americano.²⁶⁷ Utiliza-se, para tal, a mesma estrutura judicial e procedimentos utilizados para a resolução dos conflitos entre particulares.

Também nos EUA, existem alguns juízos especializados em matéria pública e, portanto, competentes para o julgamento dos processos em que a Fazenda Pública americana

²⁶⁴ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 82.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ A concessão de medidas cautelares contra a Coroa Inglesa é ponto de insatisfação em relação ao sistema processual britânico, uma vez que a *Crown Proceedings Act 1947* estipula uma série de proibições à imposição direta de decisões judiciais, inclusive cautelares, contra a Coroa.

²⁶⁷ Na literatura jurídica norte-americana cita-se como emblemático da cultura do *judicial review* inerente ao país o julgamento de *Marbury vs. Madison*, em 1803, no qual foi reservado ao Judiciário o poder de dizer, em última *ratio*, o que seria constitucional.

é parte. Exemplo do que se afirma são as *Tax Courts* (Cortes Fiscais), que tratam de matéria tributária federal.²⁶⁸ Como bem ensina Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy,

A *Tax Court* é a jurisdição mais utilizada. Trata-se de tribunal previsto no artigo 1º. da Constituição daquele país, isto é, fora criado pelo Poder Legislativo, quando da implantação do modelo republicano e democrático após a declaração de 1776 ... é a mais usada casa judicial para discussão de matéria tributária federal, é o fórum escolhido pela maioria dos interessados, embora as estatísticas demonstrem que contribuintes perdem com mais frequência na *Tax Court* do que em qualquer outro tribunal. Trata-se de corte altamente especializada, dona de reconhecido tirocínio em temas fazendários... fora criada pelo Congresso em 1924 com o nome de *Board of Tax Appeals*. Tinha status de órgão administrativo, agência ligada ao Poder Executivo, embora desempenhando funções tipicamente judiciárias, de composição de conflitos. Em 1942 teve o nome alterado para *Tax Court of the United States*. Passou por uma última reforma em 1969 e desde então mantém a denominação de *United States Tax Court*... A *Tax Court* plasma sua existência em regulamento, que confere-lhe a natureza. É composta por dezenove juízes, indicados pelo Presidente da República, com a oitiva do Senado.²⁶⁹

Além da *Tax Court*, podem ser citadas: a) a *U.S. Court of Appeals for the Armed Forces*, que revê as penalidades impostas pelas cortes marciais; b) a *Court of Veteran Appeals*, que revê decisões do Departamento de Veteranos de Guerra; e c) a *Court of the Federal Claims*, que julga as reclamações de danos decorrentes da ação ou omissão da Administração Pública Federal e de seus agentes.²⁷⁰⁻²⁷¹

²⁶⁸ Além da *Tax Court*, existe a possibilidade de a matéria tributária federal ser aventada junto às *District Courts*, que são varas judiciais federais, integrantes da estrutura do Poder Judiciário Federal de primeira instância, que julgam também questões civis.

²⁶⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Cortes tributárias e execução fiscal nos Estados Unidos**. In: Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional, ano 5, n. 5, 2003. p. 146-148.

²⁷⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 7-8.

²⁷¹ A *Court of the Federal Claims* também é competente para o julgamento de causas tributárias, especialmente as que são afetadas a temas de imposto de renda.

Todas essas cortes representam juízos de primeira instância e têm seus recursos dirigidos às cortes federais de segunda instância (*Court of Appeals*), que são divididas em treze circuitos; destes treze, doze circuitos estão divididos em bases territoriais, sendo que um deles abrange apenas a capital federal (*District of Columbia*); o décimo terceiro circuito aprecia os apelos em matéria de patentes, assim como questões advindas da *Court of the Federal Claims*.²⁷²

Tal como no sistema britânico, não é possível afirmar, com base na existência destas cortes especiais para matéria de interesse público, que exista nos EUA um verdadeiro modelo de jurisdição administrativa, cujo escopo seja o tratamento especial e sistematizado dos litígios envolvendo o Poder Público. Muito embora os traços de especialização jurisdicional do modelo norte-americano sejam bem mais marcantes que aqueles encontrados no sistema britânico (sobretudo, no que se refere às ações de competência da *Court of the Federal Claims* e seus eventuais recursos), parece-nos que a proposta norte-americana passa mais por uma tentativa de divisão de competências entre os órgãos judiciais existentes (em primeira e segunda instâncias), em razão da natureza de determinadas causas, que propriamente de estruturação de um modelo de justiça especial, nos moldes adotados, *verbi gratia*, por Alemanha, Espanha e Portugal.

A inexistência de um modelo próprio para tratamento dos litígios públicos nos países expoentes da *Common Law* talvez se justifique pela tradição histórico-cultural dos mesmos no que se refere ao tratamento jurídico dado ao *Administrative Law* (direito administrativo), o que gera, na prática, enormes dificuldades de se vivenciar decisões em face do Estado.

Diferente do que ocorre nos países culturalmente ligados ao modelo da *civil law*, onde a atuação da Administração e do Estado se revela altamente ligada e subsumida à lei

²⁷² Ibid., p. 4.

positivada, o que permite um vasto campo para revisão e controle jurídico dos atos estatais pelo Poder Judiciário, na concepção ideológica da *common law* a adoção de uma forma de controle jurisdicional muito abrangente poderia ser deveras perigosa à quebra de harmonia entre os Poderes e extremamente propenso a instaurar a temida “ditadura da toga”. Por esse motivo é que apenas em casos extremos o Judiciário se faz presente no mister de revisão de atos tomados pela Administração.

No Reino Unido, a máxima *the king can do no wrong*, segundo a qual se presume que o Estado não é susceptível de cometer equívocos em suas ações ou omissões, tem por consequência afastar qualquer possível pretensão indenizatória em face da Coroa Britânica, seus ministros e certos agentes de escalões superiores.

Nos EUA, as ações judiciais contra os governos federal e estadual e suas respectivas entidades (agências, escolas, hospitais etc.), encontram resistência na doutrina do *sovereign immunity* (imunidade da administração), que instrui o constitucionalismo americano desde a era colonial.²⁷³ Os entes administrativos seriam, com base nesta doutrina, absolutamente imunes a ações privadas ajuizadas com base em contratos ou danos decorrentes de determinada conduta administrativa.²⁷⁴ Em função disso, as ações contra os entes estatais norte-americanos são, na prática, mais voltadas a ordens específicas de comportamento de fazer e não fazer (*injunctive relief*), que a compensações ou reparações financeiras.²⁷⁵

Também em função do tratamento dado pelo direito material administrativo (*Administrative Law*) de tais países, o poder de constrição e ingerência do Judiciário na

²⁷³ Ibid., p. 122.

²⁷⁴ O princípio vigente no direito administrativo americano fora abrandado após a edição, em 1946, do *Federal Tort Claims Act (FTCA)*, que autorizou, em alguns casos, o ajuizamento de ações contra a Administração Federal e seus empregados. Contudo, a responsabilização estatal ainda é muito tênue, limitando-se à oneração pessoal do agente responsável pelo dano. Somente o Congresso norte-americano pode dispensar (*waive*) a imunidade estatal de forma absoluta.

²⁷⁵ BURNHAM, William *apud* GODÓI, Arnaldo Sampaio de. Op. cit., nota 270, p. 122-123.

Administração, com vistas ao cumprimento forçado de suas ordens e sentenças, é bastante limitado. Como forma de tratamento dessa mazela, que, sem dúvida se traduz em fator de inefetividade do *judicial review*, direcionando-se contra os agentes estatais responsáveis pelo cumprimento da ordem ou sentença judicial a ameaça do *contempt of court*, potencialmente apto a ocasionar, entre outras coisas, a prisão e responsabilização civil por danos do agente descumpridor da ordem judicial.

Ao contrário do que se pensa, portanto, o *judicial review* americano e britânico possui, na atualidade, uma amplitude garantística aquém daquela observada nos países que adotam o sistema de Justiça Administrativa especializada. A forma de pensar o *Administrative Law* inculcada na cultura jurídica dos principais países expoentes da *common law* vem sendo, por conta disso, alvo de críticas na medida em que se revela como limitadora à adequada tutela de direitos decorrentes de relações travadas com o Estado.²⁷⁶

4.6. Classificação dos modelos organizativos e os sistemas tipicamente processuais

Por tudo que foi dito até aqui acerca dos modelos organizativos da jurisdição administrativa existentes nos principais ordenamentos jurídicos do globo, é possível concluir, com base numa análise eminentemente científico-processual, que só restariam como enquadráveis dentro do conceito processualístico de jurisdição três modelos: o do *judicial review*, típico dos países da *commom law* (Reino Unido e EUA), o da justiça administrativa autônoma, adotado, dentre outros países, pela Alemanha e Portugal, e o da jurisdição

²⁷⁶ Nesse sentido é a crítica de Bernard Schwartz, para quem “um sistema de direito administrativo que não outorga ao cidadão poder para agir em juízo para recuperar perdas e danos, não passa de um sistema com os dias contados.” *Apud* GODÓI, Arnaldo Sampaio de. Op. cit., nota 270, p. 122-123.

administrativa especial integrante de uma ordem judicial suprema, existente, dentre outros Estados, na Espanha.

Rememorando o conceito chiovendiano de jurisdição verifica-se que a mesma se caracteriza como sendo

A função do Estado que tem como escopo a atuação concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.²⁷⁷

É traço marcante caracterizador da jurisdição estatal, portanto, a sua substitutividade, imprescindível para a realização do mister jurisdicional de forma adequada, na medida em que afasta a possibilidade de uma das partes interessadas no conflito impor definitivamente a sua opinião ou interpretação do direito em detrimento da outra. Mais que isso, o traço da substitutividade aponta para uma perspectiva de um julgamento justo e imparcial, a ser realizado por pessoa ou órgão não diretamente ligado ao conflito de interesses.²⁷⁸

E, justamente, por conta disso, não se pode, pelo menos à luz do atual momento histórico-normativo, encarar o modelo de contencioso administrativo francês como verdadeira espécie jurisdicional, haja vista lhe faltar aderência completa ao regime estrutural, funcional e garantístico inerente aos órgãos integrantes do Poder Judiciário,²⁷⁹ necessário para dar à atividade julgadora desvinculação e independência plenas com relação ao Estado-Administração.

²⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v.2. p. 3.

²⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 130.

²⁷⁹ Em arrimo à assertiva formulada, Nicola Picardi, ao descrever o instituto da jurisdição no sistema processual italiano, ensina que “la stessa Costituzione riconosce espressamente alcune giurisdizioni speciali: le *giurisdizioni amministrative* (Tribunale regionale amministrativo (TAR) e Consiglio di Stato); *contabili* (Corte dei Conti); *giurisdizione regionale, regionale e centrale* e *militari* (tribunali militari) (art. 103), nonché la giurisdizione costituzionali (art. 134)... I giudici speciali non fanno parte dell’ordine giudiziario, ad essi non se applicano le garanzie previste dagli art. 104 ss. Cost., e l’art. 108, co. 2, si limita a stabilire che ad essi sia assicurate, per legge, l’indipendenza.” PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2006. p. 34.

Para cumprir com certa exatidão com a proposta de adequação e complementação da classificação dos modelos alienígenas de jurisdição administrativa, a abordagem não deve, porém, se restringir ao enfrentamento dos modelos organizativos. Nesse diapasão, igualmente importante para a categorização pretendida é buscar identificar e compreender os modelos processuais ligados a cada um dos sistemas organizativos já investigados.

No contexto específico de administração executiva européia, podem ser destacados, basicamente, dois modelos processuais: um de cunho *objetivista* e outro de cunho *subjetivista*. José Carlos Vieira de Andrade ensina que

A comparação baseia-se em dois critérios distintivos fundamentais: por um lado, a *função* do contencioso – visa-se, em primeira linha, a defesa da legalidade e do interesse público? Ou a tutela de ‘direitos’ (de posições jurídicas substantivas individualizadas) dos particulares? – e, por outro lado, no que respeita à impugnação de decisões administrativas, o *objeto* do processo – é um processo feito a actos, em que está em causa verificar a legitimidade do exercício do poder administrativo? Ou julga-se a alegada lesão das posições jurídicas subjetivas do administrado? A opção por um ou por outro modelo revela-se em diversos aspectos do regime, tendo conseqüências práticas, por exemplo, ao nível da legitimidade da iniciativa processual, dos meios de acesso ao tribunal, bem como dos poderes dos juízes e dos efeitos das sentenças.²⁸⁰

Na linha dos ensinamentos do renomado professor lusitano, pode-se inferir, num primeiro momento, que a sistemática processual *objetivista* guarda maior identificação com o modelo de contencioso administrativo francês. De fato, o sistema processual de cunho objetivista, revela-se de forma muito evidente através do *contencioso-regra* até hoje vigente em França, representado, sobretudo, pelo recurso de anulação de atos administrativos,

²⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., nota 216, p. 14-15.

expediente de mera legalidade e que confere ao órgão julgador poderes de cognição e execução bem limitados (basicamente voltados à anulação do ato ilegal).²⁸¹

O processo *objetivista* é, portanto, um processo feito a propósito de um ato e destinado, primordialmente, ao controle da legalidade do ato administrativo; neste cenário os demandantes particulares figuram muito mais como auxiliares da legalidade do que como partes interessadas em uma demanda.²⁸²

O modelo processual *subjetivista*, por outro lado, é fruto da evolução do direito administrativo europeu, fortemente associada à idéia de proteção plena e efetiva dos particulares. Trata-se de modelo fortemente influenciado pelas concepções anglo-saxônicas e que tem como base o modelo de prestação jurisdicional em matéria de litígios administrativos (*rectius*, de direito público) consolidado na Alemanha Ocidental após o segundo conflito mundial.

Nele se apresenta a idéia do contencioso administrativo como um processo de partes, sendo, em função desta perspectiva, acentuados os aspectos relacionados à legitimidade, aos direitos, poderes e deveres das partes, ao uso dos instrumentos cautelares, aos efeitos da sentença, aos limites do caso julgado e à execução das decisões judiciais.²⁸³

Diferente do modelo *objetivista* a sistemática *subjetivista* se afeiçoa mais intensidade aos modelos organizativos de jurisdição plena, seja através de justiças especializadas, seja através de tribunais judiciais comuns, importando, apenas, sob este aspecto, que estejam tais órgãos integrados ao Poder Judiciário, ainda que separados organicamente da jurisdição comum.

²⁸¹ Ibid., p. 21.

²⁸² Impende registrar, contudo, que os modelos *objetivistas* ditos puros encontram-se, atualmente, superados, sendo difícil, mesmo nos países em que seus traços podem ser mais facilmente sentidos, não se identificar, sob determinados aspectos, forte influência *subjetivista*.

²⁸³ Ibid., p. 23.

Na linha do conhecimento científico imanente ao direito processual, por óbvio, que somente pode ser considerada espécie processual o segundo dos modelos, qual seja, o *subjetivista*.

Conforme ensina avalizada doutrina nacional, o conceito de processo pode ser extraído da conjunção de três elementos: o procedimento, o contraditório e a relação jurídica processual.²⁸⁴ Muito embora, em sentido amplo, possa ser considerado processo todo o procedimento realizado em contraditório (o que incluiria o processo administrativo, dirigido e julgado pela própria Administração),²⁸⁵ em sentido estrito, a conjugação destes dois elementos não é suficiente para seu enquadramento enquanto instituto a ser estudado pela ciência do direito processual, sendo imprescindível, para tal fim, que a eles se acresça a peculiar marca da relação jurídica processual.²⁸⁶ Destarte, apenas modelos processuais que reconheçam este elemento anímico intrínseco, que surge com a instauração do processo, podem ser tidos como tipicamente (*rectius*, estritamente) processuais.

Por todo o exposto, infere-se, tanto sob o aspecto do paradigma organizativo jurisdicional, quanto sob a vertente da sistemática processual, que o modelo de jurisdição administrativa francês (ainda hoje adotado em vários países da Europa) não pode ser considerado, inicialmente, como de particular interesse de estudo da ciência processual,²⁸⁷

²⁸⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., nota 278, p. 283.

²⁸⁵ É hodiernamente consagrado, pelos principais ordenamentos do mundo, que o princípio do contraditório deve ser observado em todos os processos estatais (não só nos judiciais). No Brasil, por imposição constitucional (artigo 5º, LV, da CRFB), o contraditório deve ser observada em todas as espécies de processos estatais que envolvam interesses de particulares.

²⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 125-126.

²⁸⁷ A assertiva, todavia, revela-se carecedora de certo cuidado. É que em certos casos, com vistas a fazer valer valores garantísticos subjetivos ligados ao processo, a jurisdição administrativa nos moldes francês, tem recebido status de verdadeira jurisdição estatal. Como exemplo do que se afirma, podem ser citadas duas decisões quase simultâneas da Corte de Cassação e da Corte Constitucional italianas (respectivamente, Decisão n.º 4109 de 22 de fevereiro de 2007 e Sentença n.º 77/2007 de 5 de março de 2007) em que se restou assentado que a incompetência da justiça comum em relação à justiça administrativa ou desta em relação àquela não deve mais

não se prestando, ademais, à comparação com o direito brasileiro no que tange ao modelo jurisdicional (unitário) e ao sistema processual (eminentemente subjetivista) observados nas causas envolvendo o Poder Público.

Por outro lado, tanto o modelo do *judicial review* clássico quanto os modelos de jurisdições administrativas inspirados no paradigma alemão seriam compatíveis com o arcabouço processual brasileiro e poderiam, inicialmente, ser objeto de cotejo.

Contudo, dentro da proposta e espectro almejado pelo presente trabalho, entende-se que quanto ao primeiro (*judicial review*) seria, muito embora instigante, prescindível um estudo mais pormenorizado, uma vez que o modelo brasileiro, que fortemente nele já se inspira, pouco teria de experiência nova a ser apreendida.

Além disso, a par dos aspectos processuais, dificuldades ligadas ao reconhecimento, em si, de direitos subjetivos materiais em face da Administração (como já foi visto em item anterior deste capítulo) fazem com que a litigiosidade relacionada aos conflitos com o Poder Público nos países com tradição no *judicial review* seja, de certa forma, contida, fazendo com que movimentos ligados à melhoria e evolução do sistema processual, neste particular, não sejam tratados como tema prioritário dentro das políticas de Estado, não se observando, destarte, nos últimos tempos, qualquer mudança normativa relevante no que tange ao tema específico tratado nesta dissertação. Também por isso a análise específica dos sistemas dos países que adotam o *judicial review* pode ser dispensada, como forma de guardar objetividade e coerência com o tema proposto, que tem por empenho abordar a matéria sob a perspectiva de movimentos de reformas normativas recentes.

determinar a extinção dos processos indevidamente instaurados, mas a sua remessa e continuação perante a justiça competente, com a preservação dos efeitos substanciais e processuais produzidos perante o juízo originário, declarado incompetente. Para uma análise aprofundada sobre as decisões citadas vale fazer referência a excelente artigo, ainda inédito, escrito por Leonardo Greco, intitulado *Translatio iudicii e reassunção do processo*, disponibilizado a nós, pelo próprio autor, via e-mail.

Dito isto, doravante ater-se-á à análise de dois sistemas processuais específicos: o português e o espanhol. Vale enfatizar, por oportuno, que a indicação destes sistemas tem duas razões principais: a) são sistemas perfeitamente compatíveis com a realidade normativo-constitucional brasileira; e b) são sistemas que apresentaram, nos últimos anos, reformas normativas significativas envolvendo a matéria em estudo.²⁸⁸

²⁸⁸ Vale mencionar que, entre os anos de 2002 e 2003, foi cogitada na Alemanha, dentro de um ambicioso e amplo projeto de reforma processual do sistema alemão (a “grande reforma”), a idéia de fusão das jurisdições públicas (administrativa, financeira e social) e de unificação de todas as codificações processuais especiais em uma única, mais enxuta e simples. A reforma almejada, contudo, não foi bem recepcionada e perdeu força, não tendo, até hoje, ocorrido a implementação de qualquer das suas sugestões. HIEN, Eckart. **A reforma do sistema judicial alemão**. In: Revista CEJ, Brasília, n. 34, jul./set. 2006. p. 53-54.

CAPÍTULO QUINTO – AS REFORMAS DE PORTUGAL E ESPANHA

5.1. A justiça administrativa e o modelo processual português

5.1.1. *Notas introdutórias à justiça administrativa portuguesa*

Como já afirmado neste capítulo, em Portugal, a apreciação dos litígios em matéria administrativa é atribuída a uma ordem própria de tribunais especializados, que formam a denominada justiça administrativa.

Recentemente, a justiça administrativa portuguesa foi objeto de relevante reforma, levada a cabo, principalmente, por meio da Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, que aprovou o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), e por meio da Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, que aprovou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).²⁸⁹

A reforma do contencioso administrativo português foi o resultado de um processo muito longo e complexo.²⁹⁰ Sucessivamente prometida e adiada por quase vinte anos, a reforma da justiça administrativa era, desde a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, reconhecida como absolutamente indispensável à plena configuração do Estado de Direito Democrático em Portugal.²⁹¹

²⁸⁹ Os dois diplomas legais entraram em vigor em 1.º de janeiro de 2004. Contudo, antes mesmo de entrarem em vigor ambos os diplomas sofreram alterações: o ETAF foi alterado pela Lei n.º 107-D/2003, de 31 de dezembro e o CPTA foi modificado pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de fevereiro.

²⁹⁰ Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha informam que o movimento de reforma iniciou-se em 1990, com a elaboração, por uma comissão presidida pelo professor Diogo Freitas do Amaral, de um primeiro projeto, que foi, entretanto, bastante reformulado e veio, por fim, a ser abandonado; apenas em 2000 o Ministério da Justiça português retomou, de forma decisiva, a empreitada reformista e após uma ampla discussão pública, foram elaboradas as propostas de Lei n.º 92/VIII e n.º 93/VIII que, com algumas alterações, vieram posteriormente a ser aprovadas pela Assembleia da República em dezembro de 2001 e publicadas em fevereiro de 2002. ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

²⁹¹ Conforme bem informa Mario Aroso de Almeida: “Tratou-se, pois, de dar resposta a uma necessidade que desde há muito era sentida, nos dois planos em que a questão se colocava. Em primeiro lugar, no plano da

Em linhas gerais, portanto, pode se afirmar que o propósito primordial imposto à reforma da justiça administrativa foi o de dar, no plano da legislação ordinária, efetividade ao imperativo constitucional da tutela jurisdicional plena e efetiva no que tange aos “litígios emergente de relações jurídicas administrativas” (artigo 212º, n.º 3, da Constituição Portuguesa). A consagração legislativa desta diretriz encontra-se no artigo 2º, n.º 1, do CPTA nos seguintes termos.

O princípio da tutela jurisdicional efectiva compreende o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.

Decorrência significativa da reforma, que bem reflete o seu espírito, foi o estabelecimento de amplos poderes de pronúncia e execução para os tribunais administrativos, sem outras limitações além daquelas respeitantes ao âmbito próprio da discricionariedade administrativa (juízos de conveniência e oportunidade).²⁹²⁻²⁹³

organização e funcionamento dos tribunais. Com efeito, o enorme crescimento da litigiosidade em matéria administrativa exigia que se procedesse à reorganização do quadro das competências dos respectivos tribunais, libertando os tribunais superiores das vastas competências de julgamento em primeira instância de que ainda dispunham e criando uma rede de tribunais administrativos de primeira instância que permitisse uma adequada cobertura do território nacional. (...) Em segundo lugar, no plano da regulação do regime processual. Com efeito, e apesar de diversas inovações introduzidas por via legislativa o regime processual da justiça administrativa portuguesa, na essência, tinha-se mantido fiel a um modelo fundamentalmente assente, à maneira francesa, num meio de impugnação estritamente cassatória dos actos administrativos (o chamado *recurso contencioso de anulação*), complementado, no plano cautelar, pelo instituto da suspensão da eficácia de actos administrativos. Por outro lado, o sistema era marcado pela existência de inaceitáveis limitações quanto aos meios de prova admitidos em juízo e por um formalismo exacerbado, que dificultava o acesso à justiça, dando origem a um elevado número de decisões em que o tribunal não se chegava a pronunciar sobre o mérito das causas. Também neste plano a reforma era indispensável à concretização do direito à tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos perante os poderes públicos, que resultava do novo modelo jurídico-constitucional.” ALMEIDA, Mário Aroso de. **Pretensões dedutíveis e poderes de pronúncia dos juízes no novo regime da justiça administrativa em Portugal**. In: Revista CEJ, Brasília, n. 34, jul/set. 2006, p. 43.

²⁹² Explicando a razão de ser da norma citada, Mário Aroso de Almeida assevera que: “o quadro normativo reserva para a Administração o poder de definição primária em determinada matéria através da prática de actos administrativos, o Código parte, em termos gerais, do pressuposto de que a Administração se beneficia de uma *reserva de competência* pela qual a ela cumpre introduzir a definição primária do Direito na matéria em causa. Quem for titular de um direito ou interesse legalmente protegido de conteúdo pretensivo dirigido à emissão do acto em causa, não pode, por isso, pedir, *ab initio*, ao tribunal que se substitua à Administração na prática do acto devido, mas apenas que o tribunal imponha à Administração o dever de praticar esse acto, em toda a extensão em que as vinculações normativas o permitam (cfr. artigo 71º). Condenando à prática do acto, o tribunal proporcionará tutela judicial efectiva no plano declarativo.” Ibid., p. 46.

Ainda com enfoque na promoção e valorização do acesso à justiça enquanto garantia fundamental, o CPTA consagrou expressamente no artigo 6º o princípio da igualdade entre as partes do processo administrativo impondo aos magistrados a tarefa de assegurar a “igualdade efectiva das partes no processo, tanto no que se refere ao exercício de faculdades e ao uso de meios de defesa, como no plano da aplicação de cominações ou de sanções processuais, designadamente por litigância de má fé.”²⁹⁴

Vistas, ainda que em linhas gerais, as bases axiológico-normativas sobre as quais fora erguido o vigente sistema processual português desenvolvido no âmbito da jurisdição administrativa, abordaremos, adiante, alguns dos aspectos e institutos que, dentro da proposta de comparação de sistemas jurídicos, julgamos ser os mais interessantes.

5.1.2. As formas de processo previstas no CPTA

Sem prejuízo de algumas formas especiais previstas na legislação portuguesa extravagante, o CPTA prevê as principais formas de processo administrativo, determinando os

²⁹³ Nessa linha dispõe o artigo 3º do CPTA: “1. No respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação. 2. Por forma a assegurar a efectividade da tutela, os tribunais administrativos podem fixar oficiosamente um prazo para o cumprimento dos deveres que imponham à Administração e aplicar, quando tal se justifique, sanções pecuniárias compulsórias. 3. Os tribunais administrativos asseguram ainda a execução das suas sentenças, designadamente daquelas que proferem contra a Administração, seja através da emissão de sentença que produza os efeitos do acto administrativo devido, quando a prática e o conteúdo deste acto sejam estritamente vinculados, seja providenciando a concretização material do que foi determinado na sentença.”

²⁹⁴ Segundo Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, o princípio da igualdade substancial entre as partes “explica um conjunto de disposições que, no Código, dão um tratamento diferenciado e, objetivamente mais gravoso à Administração. Reconhecendo que, em certos contextos, a Administração dispõe de prerrogativas que lhe permitem colocar-se em posição de vantagem sobre a outra parte no âmbito do processo, o legislador procura neutralizar essas prerrogativas, por forma a criar as condições necessárias à existência de uma efectiva situação de igualdade entre as partes do processo. Deste modo se compreendem disposições como as do n.º 3 do artigo 8º, na parte em que impõe à Administração deveres específicos e qualificados de cooperação com o tribunal (cfr. também informa o artigo 63.º, 3), ou do artigo 84.º, que reitera a (tradicional) imposição à Administração do dever de enviar ‘o original do processo administrativo, quando exista, e todos os demais documentos respeitantes à matéria do processo de que seja detentora.’” ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. Op. cit., nota 290, p. 57.

modelos de tramitação a que estão sujeitos os feitos que tramitam junto aos tribunais administrativos.

A classificação das formas de processo no âmbito da justiça administrativa portuguesa pode ser extraída do esquema genericamente traçado pelo artigo 35 do CPTA,²⁹⁵ que indica a co-existência de três formas de processo: a *ação administrativa comum*, a *ação administrativa especial* e a referente aos *processos principais urgentes*.

A *ação administrativa comum*, regulada no Título II do CPTA, é a forma procedimental ordinária, aplicável a todo e qualquer tipo de pretensão a que não corresponda uma outra forma processual específica de processo (artigo 37º, n.º1).²⁹⁶

Já a forma prescrita para a *ação administrativa especial*, regulada pelo Título III do CPTA (artigos 46º a 96º), abrange todos os processos cujo objeto sejam pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de atos administrativos, bem como de normas que tenham ou devessem ter sido emitidas ao abrigo de disposições de direito administrativo (artigo 46º n.º1).²⁹⁷ A especificidade da relação jurídico-administrativa posta em causa – que diz respeito a atuações da Administração que envolvem o **exercício de poderes de autoridade**²⁹⁸ e que se desenvolvem no quadro de um procedimento administrativo prévio – é

²⁹⁵ O dispositivo citado tem o seguinte teor: “1. Aos casos previstos no Título II deste Código corresponde o processo de declaração regulado no Código de Processo Civil, nas formas ordinária, sumária e sumaríssima. 2. Os casos previstos nos Títulos III e IV regem-se pelas disposições aí previstas e pelas disposições gerais, sendo subsidiariamente aplicável o disposto na lei processual civil.”

²⁹⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. Op. cit., nota 290, p. 195.

²⁹⁷ O artigo 40.º do ETAF regula o modo de funcionamento dos tribunais administrativos de círculo, especificando os casos em que intervém, na ação administrativa especial, o juiz singular ou o colegiado formado por três juízes.

²⁹⁸ Como bem anota Mário Aroso de Almeida: “a nova contraposição que o CPTA estabelece entre as formas da *acção administrativa comum* e da *acção administrativa especial* assenta no critério de saber se o processo diz ou não respeito ao exercício de poderes de autoridade por parte da Administração. Quando for esse o caso, o processo segue a forma da *acção administrativa especial* (artigo 46º), com a tramitação especificamente prevista no CPTA; em todos os restantes casos, ele deverá observar a forma da *acção administrativa comum* (artigo 37º), submetida à forma do processo comum de declaração, tal como regulado no Código de Processo Civil (...) Ao autonomizar este tipo de situações, cumpre referir que o CPTA continua a trilhar uma senda que não se encontra em ordenamentos jurídicos como o francês e na qual se afigura da maior importância insistir, porque cria

a justificativa para uma regulamentação processual particular, tanto no tocante aos pressupostos processuais (Capítulo II, artigos 50º a 77º), quanto no que se refere à tramitação (Capítulo III – artigos 78º e segs.).²⁹⁹

São quatro os tipos de pretensões que podem ser deduzidas a título principal ao abrigo da qualificação ação administrativa especial (artigo 46º, nº 2 do CPTA): a) anulação de um ato administrativo ou declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica (artigos 51º a 65º); b) condenação à prática de um ato administrativo legalmente devido (artigo 66º a 71º); c) declaração da ilegalidade de uma norma emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo (artigos 72º a 77º); d) declaração da ilegalidade da não emanção de uma norma que devesse ter sido emitida ao abrigo de disposições de direito administrativo (artigos 72º a 77º).³⁰⁰

Cumprido, por último, tecer algumas anotações sobre o que o CPTA, no seu Título IV (artigos 97º a 111º), denomina de *processos urgentes*.³⁰¹

Também são quatro os tipos de processos urgentes previstos no Título IV do CPTA: a) impugnação de actos administrativos em matéria eleitoral (artigos 97º a 99º); b) impugnação

condições para a relativização do papel que ao acto administrativo deve corresponder no âmbito da própria dogmática do direito administrativo. Referimo-nos à assunção de que nem todas as pronúncias emitidas por órgãos da Administração devem ser qualificadas como actos administrativos, (...) pelo que se impõe distinguir, no plano substantivo, entre os domínios em que a Administração dispõe de poderes de autoridade, porque a lei lhe confere o poder de definir unilateralmente o Direito e, portanto, estabelece, em seu favor, uma reserva de definição jurídica primária que se exprime na prática de actos administrativos, e aqueles em que a Administração não dispõe desses poderes.” ALMEIDA, Mário Aroso de. Op. cit., nota 291, p. 45.

²⁹⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. Op. cit., nota 290, p. 266.

³⁰⁰ Registre-se que o n.º 3 do artigo 46 determina a aplicação do procedimento da ação administrativa especial também à impugnação de atos administrativos praticados no âmbito do procedimento de formação de contratos, “sem prejuízo do regime especial do artigo 100º e seguintes.”

³⁰¹ Conforme ensina Mário Aroso de Almeida: “O campo de intervenção, tanto da acção administrativa especial, como da acção administrativa comum é delimitado em função das quatro formas de processos urgentes previstas no Título IV. Na medida em que se preencham os pressupostos que, para cada uma dessas formas de processo, estabelece o Título IV, estes meios urgentes têm preferência sobre os meios não urgentes, pelo que são a via a seguir para obter com maior celeridade uma decisão de mérito sobre as pretensões formuladas — pretensões que, dependendo dos casos, tanto poderão ser dirigidas contra a Administração, como contra particulares, e tanto poderão ter por objecto a impugnação de actos administrativos, como a condenação à adopção ou abstenção de condutas ou à prática de actos administrativos.” ALMEIDA. Mário Aroso de. Op. cit., nota 291, p. 49.

de actos administrativos praticados no âmbito do procedimento de formação de certos tipos de contratos - os chamados *actos pré-contratuais* (artigos 100º a 103º); c) intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões (artigos 104º a 108º); d) intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias (artigos 109º a 111º).

A concepção e previsão de processos urgentes, especiais pela sua celeridade, baseia-se na convicção do legislador de que determinadas demandas administrativas formuladas, em função de certas circunstâncias próprias que lhes tocam, merecem obter, quanto ao mérito, uma resolução definitiva rápida pela via judicial, sob pena de a ação do tempo lhes causar ou a perda superveniente de seu objeto ou a efetiva lesão a direito de extrema relevância no contexto democrático de direito. Essas ações não podem se submeter, destarte, ao tempo normal que usualmente se dispensa à generalidade dos processos; tampouco, para elas se revela suficiente ou adequada a proteção do processo cautelar, através de provimentos provisórios de natureza conservatória ou mesmo antecipatória.³⁰²

A propósito da menção aos processos cautelares, vale, por derradeiro, o registro de que, dentro da sistemática processual portuguesa aplicável às causas de competência da jurisdição administrativa, os processos urgentes não se confundem com os processos cautelares (a serem vistos no próximo subitem). Os processos urgentes representam verdadeira manifestação de um processo principal que visa à produção de decisão definitiva e de mérito, enquanto que os cautelares têm função própria de prevenção contra a demora do processo principal, tendo como principais características: a instrumentalidade (visto que guarda dependência a uma ação principal, cuja utilidade visa a assegurar); a provisoriedade (já que não está em causa a decisão definitiva do litígio); e a sumaridade (que se manifesta

³⁰² “As providências *conservatórias* visam manter a situação de facto anterior por forma a prevenir uma alteração que se antevê como prejudicial. As providências *antecipatórias*, como o próprio nome sugere, visam obstar a que se verifiquem prejuízos ocasionados pela demora da decisão definitiva, constituindo uma antecipação provisória dos efeitos da decisão.” AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 30.

numa técnica de cognição sumária da situação de fato e direito, apta a tutelar provisoriamente situações de urgência).³⁰³

5.1.3. Dos processos cautelares

A disciplina do processo cautelar dentro da sistemática processual administrativa portuguesa sofreu, com a reforma produzida em 2002, relevante mudança principiológica e estrutural. Na vigência da regulação anterior (Decreto-lei n.º 267/85, de 16 de Julho, denominada Lei do Processo nos Tribunais Administrativos) os meios cautelares viviam uma situação calamitosa, uma vez que limitados praticamente à medida de suspensão da eficácia do ato (que, mesmo assim, tinha uma série de condicionantes, tais como não poder ser aplicada contra atos de omissão de normas), espelhando um modelo que, sem prejuízo de algumas mudanças benéficas, permanecia atrelado e reduzido ao contencioso-regra do recurso de anulação (nos moldes franceses).³⁰⁴

A Constituição Portuguesa, desde a revisão de 1997, passou a se referir expressamente à proteção cautelar como uma dimensão do princípio da tutela jurisdicional efetiva e adequada dos direitos dos administrados.³⁰⁵ Assim dispõe o n.º 4, do artigo 268º da Constituição da República Portuguesa:

4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente

³⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A Justiça Administrativa**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 344.

³⁰⁴ Ibid., p. 341-342.

³⁰⁵ José Carlos Vieira de Andrade informa que, até onde se sabe, a Constituição Portuguesa é atualmente, das constituições conhecidas, a única a prever expressamente a proteção cautelar. Ibid., p. 342.

da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

A previsão constitucional expressa da tutela cautelar como garantia processual³⁰⁶ fez urgir a necessidade de uma nova sistematização para a matéria, necessidade esta que foi devidamente atendida pela reforma de 2002.

No regime do vigente CPTA são admitidas, sem qualquer limitação, providências cautelares de quaisquer tipos, desde que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a ser proferida num determinado processo principal (artigo 112º, n.º 1). Em outros termos, significa dizer que os processos cautelares desenvolvidos junto aos tribunais administrativos, dispõem não só de providências *conservatórias*, mas também de providências *antecipatórias*.

Além disso, quanto ao conteúdo, são suscetíveis de serem decretadas todas as providências que se revelem adequadas; o n.º 2 do artigo 112º do CPTA, exemplificativamente, enumera várias providências, cuja necessidade se evidenciou à luz das situações concretas acumuladas pela experiência jurídica portuguesa: a) suspensão da eficácia de ato administrativo ou norma; b) a admissão provisória a concurso e exames; c) atribuição provisória da disponibilidade de bens; d) autorização provisória para iniciar ou prosseguir uma atividade ou adotar uma conduta; e) regulação provisória de situações jurídicas, especialmente a imposição de pagamento à Administração de uma quantia por conta de prestações alegadamente devidas ou a título de reparação provisória; f) intimação para adoção ou abstenção de uma conduta pela Administração ou por particular, especialmente um concessionário de serviço público.

³⁰⁶ Cabe ressaltar, contudo, que desde a reforma constitucional de 1989, a tutela cautelar já era unanimemente entendida como uma garantia processual implícita pela jurisprudência e doutrina portuguesa, que muitos esforços interpretativos envidaram em prol da adequação das incorreções e insuficiências legais existentes acerca da matéria até a concretização da reforma de 2002.

Na sistemática do CPTA a tutela cautelar reclama, para sua concessão, a presença de alguns requisitos, a serem analisados pelo magistrado: a) “perigosidade” (*periculum in mora*); b) probabilidade do direito alegado (*fumus boni iuris*); e c) *proporcionalidade* (*periculum in verso*).

Ao primeiro dos requisitos (*periculum in mora*) faz alusão o artigo 120º do CPTA, ao exigir que para a adoção da providência cautelar “haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o recorrente visa a assegurar no processo principal.” Note-se, todavia, que tal requisito, dentro da sistemática adotada pelo CPTA, é acidental não exigindo a lei a sua presença quando seja *evidente* a procedência da pretensão formulada (alínea “a”, do n.º 1 do art. 120º do CPTA);³⁰⁷ nestes casos, estar-se-á diante de verdadeira tutela de evidência, em que o magistrado estará dispensado de avaliar a urgência da pretensão do requerente para concessão da providência cautelar.

O segundo requisito, consistente na comprovação da plausibilidade do direito alegado, constitui um dos aspectos mais inovadores da reforma, na medida em que consagra a juridicidade material como padrão decisório cautelar, afastando, inequivocamente, um dos corolários mais perversos do dogma autoritário da *presunção de legalidade dos atos administrativos*.³⁰⁸ É ao juiz que, a partir desta nova ordem, é dado o poder-dever de avaliar a probabilidade da procedência da ação principal, ou, em outras palavras, avaliar a existência do direito ou ilegalidade alegados pelo requerente, ainda que esteja em causa um verdadeiro ato administrativo (*rectius*, ato de autoridade).

³⁰⁷ O dispositivo citado tem o seguinte teor: “1. Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, as providências cautelares são adoptadas: a) Quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, designadamente por estar em causa a impugnação de acto manifestamente ilegal, de acto de aplicação de norma já anteriormente anulada ou de acto idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente”.

³⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., nota 303, p. 349.

Interessante particularidade do CPTA se insere no tratamento dado aos casos em que o *fumus boni iuris* a respeito da legalidade de determinado ato ou conduta administrativa não se apresenta de forma tão latentemente clara; são situações intermediárias, que correspondem à grande maioria dos casos, em que, *prima facie*, constata-se a existência de um certo grau de incerteza relativamente ao direito alegado. Para elas o CPTA prevê um arquétipo de gradações, em função do tipo de providência requerida: se a probabilidade for maior, isto é “se for provável que a pretensão principal venha a ser julgada procedente” pode ser decretada a providência cautelar, mesmo que seja antecipatória (art. 120, 1 “c”); por outro lado, se a providência pedida for meramente conservatória, a lei requer apenas que “não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada” para adoção, pelo juiz, da providência cautelar requerida (art. 120, 1 “b”), sem a necessidade de comprovação da plausibilidade (*rectius*, probabilidade de êxito) da tese sustentada pelo autor. Em outras palavras, a lei contenta-se com um juízo negativo de *não-improbabilidade* (*non fumus malus*) para autorizar a concessão de uma providência *conservatória*, mas obriga a formulação de um juízo positivo de probabilidade para justificar a concessão de uma tutela antecipatória.³⁰⁹

Último e decisivo requisito para concessão da tutela cautelar vem a ser o da proporcionalidade da concessão ou recusa da providência. Oriundo do processo civil e grafado com alguma originalidade com relação aos demais ordenamentos processuais administrativos europeus,³¹⁰ o instituto exige do magistrado, em cada caso concreto, que somada à verificação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, sejam “devidamente ponderados *os interesses públicos e privados*”, levando em conta se “os danos que resultariam da sua concessão” se mostrariam “superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências”. (art.

³⁰⁹ Ibid., 352.

³¹⁰ Ibid., 353.

120º, n.º 2). Esta ponderação, também existente no processo civil (*periculum in verso*), justifica-se em especial no processo administrativo, em vista da presença, quase que habitual, do lado da parte requerida (Estado), de interesses públicos a serem potencialmente prejudicados com a concessão da providência.³¹¹

Por fim, ainda no que tange à proporcionalidade, cabe salientar que a concessão da tutela cautelar também está ligada à circunstância de poder a providência autorizada a este título ser substituída ou complementada pelo juiz, através da decretação de “contra-providências” ou “contra-cautelais”.³¹² Ademais, aspecto em que igualmente se revela a idéia de proporcionalidade (este mais no campo da garantia processual) refere-se à participação direta de contra-interessados, garantida pela sua indicação obrigatória na petição inicial cautelar e pela sua citação para eventual oposição.³¹³

Quanto ao momento para concessão da tutela cautelar o CPTA, procurando atender à diversidade de situações e demandas possíveis, gradua a própria idéia de urgência (já inata ao processo cautelar), prevendo, em situações muito excepcionais, de *especial urgência* e quando estejam em jogo a possibilidade de lesão iminente e irreversível de direitos, liberdades e garantias, o *decretamento provisório da providência* cautelar requerida ou outra adequada à

³¹¹ O dispositivo em tela deve ser visto com certo cuidado, porquanto não poder a lei ser interpretada unicamente sobre a perspectiva de que o interesse público deve sistematicamente prevalecer sobre o particular. Conforme assenta José Carlos Vieira de Andrade “não se trata aqui de ponderar o interesse público com o interesse privado, mesmo que muitas das vezes o interesse do requerido seja o interesse público e o interesse do requerente seja o interesse privado: o que está aqui em conflito são os resultados ou prejuízos que podem resultar para os interesses, da concessão ou da recusa da concessão, para todos os interesses envolvidos, sejam públicos, sejam privados.” Ibid., p. 355.

³¹² Este parece ser o sentido da parte final do n.º 2 do artigo 120º: “sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências”. José Carlos Vieira de Andrade leciona que a providência requerida não poderá, assim, ser recusada, com base na proporcionalidade, sempre que puder ser substituída por outra menos gravosa ou o dano puder ser evitado ou atenuado através da realização de contra-providências, dentre as quais destaca-se a prestação de caução (referida no n.º 4 do mesmo artigo), quando os prejuízos causados puderem ser reparados pecuniariamente. Ibid.

³¹³ A citação dos contra-interessados é regida pelo artigo 117º, n.º 3: “A secretaria cita os contra-interessados indicados pelo requerente e, relativamente aos incertos ou de residência desconhecida, emite anúncios que o requerente deva fazer publicar em dois jornais diários de circulação nacional ou local, dependendo do âmbito da matéria em causa, convidando-os a intervir até ao limite do prazo do n.º 6.

tutela do direito em estado de periclitção (art. 131º do CPTA). A decretação da providência cautelar, neste caso, ocorre no prazo máximo de 48 horas (artigo 131º, n.º 3), sem a necessidade de ser inicialmente ouvido o requerido e eventuais contra-interessados, e é seguido do decretamento definitivo (artigo 131º, n.º 6), oportunidade em que, após ouvidas as partes contrárias (no prazo de 5 dias), a decisão de decretamento provisório (tomada a título sumaríssimo) será mantida, modificada ou cassada. A decisão que decreta provisoriamente a providência cautelar não é susceptível a qualquer meio impugnatório (artigo 131º, n.º 5).

A carga de efetividade do processo cautelar na sistemática processual administrativa regida pelo CPTA é ponto de relevante e interessante abordagem. Em algumas providências cautelares específicas (como, por exemplo, quando se esteja em causa a suspensão de eficácia de um ato administrativo ou de uma norma) concede-se uma amplitude de eficácia extremamente alta à mera instauração do pleito cautelar (independentemente da concessão da tutela); nestes casos a norma determina (artigo 128º, n.º 1) que o simples conhecimento, pela Administração, da existência do pedido de suspensão cautelar (através da citação) implica na proibição de início ou execução do ato ou da norma impugnada.³¹⁴

Ademais, no geral, as decisões e sentenças proferidas em sede cautelar têm as mesmas garantias de efetividade e execução que as sentenças de mérito produzidas nos processos principais (como mais adiante será visto neste capítulo).

Por fim, nas disposições particulares aplicáveis ao processo cautelar (Capítulo II, do Título III – artigos 128º a 134º) o CPTA regula de forma especial, com diversos sentidos e

³¹⁴ A proibição apenas não será observada no caso de a Administração “mediante resolução fundamentada, reconhecer, no prazo de 15 dias, que o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público” (artigo 128º n.º 1); referida resolução é, posteriormente avaliada e declarada, se for o caso, ineficaz pelo magistrado ou tribunal (artigo 128º n.º 4), no prazo máximo de cinco dias (artigo 128º, n.º 6).

alcances, certas providências cautelares. Em alguns casos as disposições deste capítulo visam apenas a complementar o regime geral para certos tipos de providências (é o que acontece, por exemplo, com as disposições relativas à suspensão da eficácia de atos administrativos e normas – artigos 128º e 130º, respectivamente). Em outros, as disposições visam a fixar um regime especial para providências relativas a uma determinada situação ou com um determinado conteúdo, derrogando em certa medida (naquilo que for incompatível) o regime geral aplicável genericamente ao processo cautelar (Capítulo I, do Título III). Estão nesta segunda categoria o artigo 132º (relativo a providências cautelares relacionadas ao procedimento de formação de contratos) o artigo 133º (relativo a providência provisória do pagamento de quantias) e o artigo 134º (relativo a produção antecipada de provas).

5.1.4. Efeitos e força jurídica das sentenças

No que se refere à disciplina da sentença e seus efeitos o CPTA também reserva tratamento e regulação própria.

Primeiramente, na topografia do CPTA, a Secção III (artigos 92º a 96º), do Capítulo III (Marcha do Processo), veicula regras eminentemente procedimentais a serem observadas para a formação das sentenças e acórdãos proferidos pelos órgãos jurisdicionais administrativos; dentre estas regras cabem ser destacadas, pela particularidade da previsão e regulação, as previstas nos artigos 93º (julgamento em formação alargado e reenvio

prejudicial para o Supremo Tribunal Administrativo - STA) e 95º (objeto e limite da decisão).³¹⁵

O artigo 93º, n.º 1 do CPTA dispõe sobre interessante regra voltada a favorecer a qualidade das decisões dos tribunais administrativos e a uniformidade na resolução de diferentes processos sobre a mesma matéria.³¹⁶ Eis a redação do dispositivo citado:

1. Quando à apreciação de um tribunal administrativo de círculo se coloque uma questão de direito nova que suscite dificuldades sérias e possa vir a ser suscitada noutros litígios, pode o respectivo presidente determinar que no julgamento intervenham todos os juízes do tribunal, sendo o quórum de dois terços, ou, em alternativa, proceder ao reenvio prejudicial para o Supremo Tribunal Administrativo, para que este emita pronúncia vinculativa sobre a questão no prazo de três meses.

Já o artigo 95º, n.º 1 dispõe de regra flexibilizadora do princípio dispositivo (ou da demanda), que, vigente no processo civil, impõe ao magistrado, na sua decisão, a circunscrição ao *thema decidendum* delimitado pelas partes no processo. Nesse sentido, a regra em comento possibilita ao magistrado o conhecimento e pronúncia de questões que, embora não suscitadas pelas partes, sejam permitidas ou impostas de ofício pela lei.³¹⁷ A permissão para conhecimento *ex officio* de questões não suscitadas pelas partes encontra terreno fértil nas demandas voltadas à impugnação de atos administrativos e normas, onde é

³¹⁵ As demais regras inseridas na secção referem-se a: a) conclusão e vista dos autos pelos juízes integrantes do colegiado (artigo 92º); b) conteúdo da sentença ou do acórdão (artigo 94º); c) diferimento da prolação do acórdão (artigo 96º).

³¹⁶ Esta é a justificativa constante da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 92/VIII.

³¹⁷ Eis a redação do artigo 95º, n.º 1 do CPTA: “1. Sem prejuízo do disposto no número seguinte, o tribunal deve decidir, na sentença ou acórdão, todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras, e não pode ocupar-se senão das questões suscitadas, salvo quando a lei lhe permita ou imponha o conhecimento oficioso de outras.”

dada ao juiz a possibilidade de se pronunciar sobre todas as causas de invalidade do ato, independentemente de alegação prévia pelas partes do processo.³¹⁸

Visto isso, no particular plano da análise das sentenças proferidas pelos tribunais administrativos, merecem atenção dois outros aspectos processuais específicos da disciplina do CPTA: o efeito das sentenças de anulação de atos administrativos e os limites objetivos e subjetivos da sentença e da coisa julgada.

Quanto ao primeiro dos aspectos o artigo 173, n.º 1 do CPTA prevê que

1. Sem prejuízo do eventual poder de praticar novo acto administrativo, no respeito pelos limites ditados pela autoridade do caso julgado, a anulação de um acto administrativo constitui a Administração no dever de reconstituir a situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado, bem como de dar cumprimento aos deveres que não tenha cumprido com fundamento no acto entretanto anulado, por referência à situação jurídica e de facto existente no momento em que deveria ter actuado.

Na redação do preceito legal citado reconhecem-se todas as consequências que a doutrina e a jurisprudência portuguesa emprestavam, no passado (antes da entrada em vigor do CPTA), às sentenças anulatória de atos administrativos - majoritariamente entendidas como sendo de natureza constitutiva.³¹⁹ Assim, além do dever de conformação da atuação administrativa futura com o limite preclusivo estabelecido pela sentença, a regra consagra o princípio da reconstituição da situação hipotética atual enquanto critério de conteúdo da execução devida.³²⁰

³¹⁸ O artigo 95º, n.º 2 do CPTA respalda a afirmação: “2. Nos processos impugnatórios, o tribunal deve pronunciar-se sobre todas as causas de invalidade que tenham sido invocadas contra o acto impugnado, excepto quando não possa dispor dos elementos indispensáveis para o efeito, assim como deve identificar a existência de causas de invalidade diversas das que tenham sido alegadas, ouvidas as partes para alegações complementares pelo prazo comum de 10 dias, quando o exija o respeito pelo princípio do contraditório.”

³¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., nota 303, p. 378.

³²⁰ José Carlos Vieira de Andrade bem observa, entretanto, que “o dever de pôr a situação de facto de acordo com a situação de direito, reconstruindo a situação sem a ilegalidade, é desencadeado pela sentença, mas decorre

No que tange aos limites da sentença e da coisa julgada, o sistema processual administrativo português igualmente apresenta algumas particularidades, ligadas, sobretudo, às causas de anulação de atos administrativos e normas.

Do ponto de vista objetivo, ao contrário do que ocorre no processo civil tradicional, não se revela interessante a vinculação só ao dispositivo da sentença mas também à sua fundamentação, justamente porque desencadeiam consequências normativas tanto para análise da possível e futura renovação dos atos anulados quanto com relação ao conteúdo dos deveres de reconstituição ao *status quo ante*. Sob o aspecto subjetivo a análise do processo administrativo igualmente revela particularidades com relação à sistemática tradicional do processo civil, onde, via de regra, as sentenças só produzem efeitos *inter partes*. Não que essa regra também não seja válida para a generalidade dos processos administrativos, só que há de se fazer algumas considerações afim de excepcioná-la em situações especiais.

Nessa linha, no que se refere ao processo de impugnação de atos administrativos, em função da natureza constitutiva da sentença que o compõe, que produz a eliminação do ato da ordem jurídica, o provimento de anulação vale, obviamente, *erga omnes*, na medida em que não se pode cogitar que um certo ato administrativo tenha sido anulado com relação a um administrado e não com relação a outro.³²¹ Ademais, no pertinente às sentenças de declaração de ilegalidade de normas (artigo 76º, n.º 1) a regra da relatividade subjetiva dos efeitos da sentença é verdadeiramente derogada. Nesta seara, a sentença que declara ilegal determinada

de determinação do direito substantivo - não havendo, pois, necessidade de, para justificar o dever de reconstituição, incluir no conteúdo da sentença anulatória a decisão sobre os direitos dos particulares em face da Administração.” Ibid., p. 382.

³²¹ Segundo José Carlos Vieira de Andrade a este efeito soma-se, sem se confundir, o efeito assertivo do julgado, enquanto ato jurisdicional, nos termos do qual o ato era ilegal e inválido. Acrescenta o mesmo autor que com relação a este efeito da sentença existe certa dificuldade de identificar se o julgado é, ou não, oponível a todos, propondo que devam ser diferenciados, na perspectiva dos potenciais destinatários, a oponibilidade dos efeitos desfavoráveis da dos efeitos favoráveis da sentença. Com relação aos primeiros (desfavoráveis) a regra geral seria de que os efeitos da sentença permaneçam adstritos às partes do processo (autor, réu e contra-interessados); já em relação aos segundos (favoráveis), muito embora a vinculação *inter partes* também seja a geral, a lei admite (em sede executiva) a extensão dos efeitos da sentença a outras pessoas que não participaram do processo (artigo 161º do CPTA). Ibid. p. 391-392.

norma produzida pela Administração tem força obrigatória geral, como decorrência de uma solução natural, em vista do objeto do processo, claramente configurado em termos objetivistas.

5.1.5. O processo executivo administrativo português

A execução das sentenças contra a Administração Pública, com alguma variação e melhoria sofrida ao longo da história, sempre foi vista pela doutrina portuguesa como um instrumento limitado no que se refere à efetividade concreta das determinações judiciais.³²²

A reforma de 2002 trouxe consigo alterações importantes no domínio do processo executivo com o mote primordial de assegurar a plenitude e efetividade da tutela jurisdicional *in executivis*. Ela teve por mérito: a) criar um novo contexto de plena jurisdição cognitiva, possibilitando o incremento das sentenças condenatórias; b) reforçar e tornar absolutamente aplicável o preceito constitucional da obrigatoriedade de cumprimento, pelas autoridades públicas, das sentenças administrativas;³²³ c) instituir e disciplinar um verdadeiro processo administrativo executivo (Título VIII do CPTA); d) assegurar o cumprimento efetivo pela administração do dever de execução específico.

O CPTA reservou título próprio para tratar do processo executivo (Título VIII), composto por quatro capítulos: I) Disposições Gerais (artigos 157º a 161º); II) Execução para

³²² José Carlos Vieira de Andrade aponta quatro razões para esta situação: a) perante a proeminência do contencioso-regra de anulação de atos, os tribunais raramente impunham à administração sentenças condenatórias, que a ela impusessem deveres formais; b) a execução forçada do julgado, pela obrigatoriedade enfraquecida típica das sentenças anulatórias, carecia do requerimento particular de pronúncias declarativas complementares pelo tribunal; c) a ausência de uma verdadeira regulação processual executiva, dispondo sobre mecanismos e providências típicas de execução; d) relativa inefetividade do processo em caso de inexecução ilícita por parte da administração. *Ibid.*, p. 400-401.

³²³ De acordo com o artigo 167º, n.º 4, a falta de colaboração das entidades públicas para fins de execução de seus julgados – seja da entidade executada seja de outra entidade administrativa incumbida de realizar determinada ordem judicial – pode configurar crime de desobediência.

Prestação de Fatos ou de Coisas (artigos 162º a 169º); III) Execução para Pagamento de Quantia Certa (artigos 170º a 172º); e IV) Execução de Sentenças de Anulação de Atos Administrativos (artigos 173º a 179º).

A propósito do processo executivo no âmbito do contencioso administrativo, não se pode esquecer que este se desenvolve num contexto peculiar, em que o executado é ao mesmo tempo devedor e detentor da força pública (embora obrigado a respeitar as sentenças e colaborar com os tribunais), além de estar sujeito a limites e condições formais de atuação, mesmo quando aja em cumprimento de sentença judicial.

A lei processual portuguesa, dentro dessa perspectiva, optou por um regime equilibrado, estabelecendo uma série de peculiaridades e flexibilidades à execução, visando assegurar, ao mesmo tempo, a satisfação plena de interesses públicos e privados em diversas situações. É a respeito destas particularidades que passaremos a falar.

Primeiro instituto cuja análise se revela interessante é o da *execução espontânea por parte da administração*, previsto no art. 162 do CPTA, nos seguintes termos:

1. Se outro prazo não for por elas próprias fixado, as sentenças dos tribunais administrativos que condenem a Administração à prestação de factos ou à entrega de coisas devem ser espontaneamente executadas pela própria Administração no prazo máximo de três meses, salvo ocorrência de causa legítima de inexecução, segundo o disposto no artigo seguinte.

O artigo em comento alude ao momento prévio à instauração da execução no qual se busca o cumprimento da obrigação de forma espontânea por parte da entidade sob a qual recaia a condenação. Do decurso do prazo indicado no artigo (ou de outro constante da própria sentença) depende a instauração do processo executivo, que pressupõe, portanto o descumprimento da obrigação de forma espontânea. O mesmo se estabelece para situações em que esteja em causa o pagamento de quantia certa conforme o art. 170º, n.º1 e n.º 2, nos seguintes termos:

1 - Se outro prazo não for por elas próprias fixado, as sentenças dos tribunais administrativos que condenem a Administração ao pagamento de quantia certa devem ser espontaneamente executadas pela própria Administração no prazo máximo de 30 dias.

2 - Quando a Administração não dê execução à sentença no prazo estabelecido no n.º 1, dispõe o interessado do prazo de seis meses para pedir a respectiva execução ao tribunal competente, podendo, para o efeito, solicitar: a) A compensação do seu crédito com eventuais dívidas que o onerem para com a mesma pessoa colectiva ou o mesmo ministério; b) O pagamento, por conta da dotação orçamental inscrita à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais a que se refere o n.º 3 do artigo 172.º

Em todos os casos, as autoridades administrativas só podem deixar de cumprir integralmente a sentença se ocorrer uma *causa legítima de inexecução* que, nos termos da lei, apenas podem ter como fundamento uma impossibilidade fática absoluta ou um grave prejuízo para o interesse público na execução da sentença (art. 163º, n.º 1), sendo certo que, com relação ao pagamento de quantia certa nenhuma causa de inexecução pode ser invocada (art 171º, n.º 2).³²⁴

A causa legítima de inexecução específica da sentença pode ser invocada na fase pré-executiva de cumprimento espontâneo (artigo 163º), bem como durante todo o processo executivo, em oposição (artigo 165º, n.º 1) ou, ainda, na execução de sentenças anulatórias de atos administrativos,³²⁵ na respectiva contestação (artigo 177º, n.º 3). A causa legítima de inexecução como regra (à exceção fica por conta da execução de sentenças anulatórias de atos administrativos, onde tal limitação em princípio não existe – artigo 175º, n.º 2) deverá

³²⁴ A redação dos dispositivos citados é a seguinte: “2. A inexistência de verba ou cabimento orçamental não constitui fundamento de oposição à execução, sem prejuízo de poder ser invocada como causa de exclusão da ilicitude da inexecução espontânea da sentença, para os efeitos do disposto no artigo 159º.”

³²⁵ Sobre a execução da sentença anulatória de ato administrativo dispõe o art. 173, nº 1 do CPTA: “1 - Sem prejuízo do eventual poder de praticar novo acto administrativo, no respeito pelos limites ditados pela autoridade do caso julgado, a anulação de um acto administrativo constitui a Administração no dever de reconstituir a situação que existiria se o acto anulado não tivesse sido praticado, bem como de dar cumprimento aos deveres que não tenha cumprido com fundamento no acto entretanto anulado, por referência à situação jurídica e de facto existente no momento em que deveria ter actuado.”

reportar-se a circunstância superveniente ou desconhecidas pela administração à época do processo declarativo (artigo 163º, parte final). Se o requerente concordar com a invocação da causa legítima de inexecução, pode requerer ao tribunal a fixação de indenização devida (artigo 164º, n.º 6); nesse caso, o juiz, tal como no caso de o tribunal julgar procedente a oposição fundada em causa legítima, notifica as partes para acordarem o montante da indenização ou, na falta de acordo, fixa tal indenização. A partir daí o processo de execução passa a ser regulado pelo processo de execução para pagamento de quantia certa (artigo 166º).

Os prazos impostos à Administração para execução das sentenças proferidas pelos tribunais administrativos correm a partir do respectivo trânsito em julgado (artigo 160º, n.º 1). Admite-se, contudo, nas hipóteses excepcionais em que os recursos contra as decisões têm efeito meramente devolutivo (artigo 143º, n.ºs 3, 4 e 5), a execução provisória do julgado (artigo 160º, n.º 2).

Passando, a partir deste ponto, a tratar das peculiaridades afetas a cada uma das espécies executivas insertas no Título VIII, passemos à análise da primeira delas na ordem legal topográfica do CPTA, qual seja, a execução das sentenças de prestação de fatos e de coisas (artigos 162º a 169º).

A particularidade atinente a esta categoria de execução disposta no Capítulo II, fica por conta da disciplina de execução de fatos - no que respeita à execução para a prestação de coisas não há grandes especialidades se comparado ao regime do processo civil.

Quanto aos fatos fungíveis, somados aos expedientes do processo civil (artigo 167º n.º 5), o CPTA estabelece a possibilidade de implemento do que se denomina de *substituição pública*. Esta figura processual executiva propicia ao magistrado deferir a providência executiva, originariamente a cargo de um órgão “sujeito a poderes hierárquicos ou de superintendência”, ao “titular dos referidos poderes para dar execução à sentença em substituição” ao órgão que não a cumpriu. (artigo 167º, n.º 2). Além disso, a mesma técnica

executiva possibilita ao magistrado, nos termos da lei processual civil, recorrer a terceiro para fins de concretização do ato determinado pela sentença, às custas da entidade administrativa obrigada. Ainda nesta sede, a lei equipara aos fatos fungíveis a prática de ato administrativo legalmente devido e de conteúdo vinculado, possibilitando que, no caso de descumprimento da Administração, o próprio tribunal emita sentença que produza os efeitos do ato ilegalmente omitido (artigo 167º, n.º 6).

No que toca à execução para a prestação de fatos infungíveis pela Administração (artigo 168º), na maioria das vezes decorrentes da reserva de competência discricionária que lhe é reservada por lei, o CPTA, reconhecendo a impropriedade da utilização de métodos subrogatórios, estabelece um regime executivo extraordinário, no qual o juiz pode, na ausência de cumprimento espontâneo por parte da Administração: a) especificar, caso já não tenha sido especificado, o conteúdo dos atos e operações a serem praticados; b) identificar o órgão responsável pelo seu cumprimento; e c) fixar um prazo razoável para o cumprimento da determinação, cominando, para o caso de descumprimento uma sanção pecuniária diária a ser aplicada aos titulares dos órgãos incumbidos da execução.³²⁶

Em relação à execução para pagamento de quantia certa, inúmeras e interessantes são as peculiaridades do sistema português. A primeira delas refere-se à possibilidade de, uma vez instaurada a execução (na ausência do pagamento espontâneo), poder o credor, desde logo, solicitar a compensação do seu crédito com dívidas que eventualmente tenha com a pessoa jurídica ou ministério executado (artigo 172º, n.º 2).

A segunda forma de cumprimento (e mais comum) se dá por meio de pagamento feito por conta de dotação do Orçamento de Estado (OE), inscrita à ordem do Conselho Superior

³²⁶ Caso a medida não venha a surtir efeitos, poderá o exequente requerer ao tribunal a fixação de uma quantia devida a título de responsabilidade civil pela inexecução ilícita (artigo 168º, n.º 3).

dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF). A feliz peculiaridade do sistema português, neste ponto, revela-se no fato de que os recursos que perfazem tal dotação são disponibilizados antecipadamente à constituição definitiva do crédito consagrado na sentença, levando em consideração a despesa total acumulada com pagamentos realizados em virtude de condenações sofridas no ano anterior e seus respectivos juros de mora (art. 172º, n.º 3) . A dotação inscrita no OE serve para o pagamento de quantias devidas por qualquer pessoa coletiva pública, em todos os níveis de administração (o que inclui as Administrações Autônomas e as entidades da Administração Indireta); esse sistema de “caixa único” para pagamento das condenações judiciais é possibilitado pelo CPTA (artigo 172º, n.º 5 e n.º 6) por meio da previsão de mecanismos de reembolso da Administração Central.³²⁷

Em caso de insuficiência da dotação consignada o presidente do CSTAF deve oficiar ao Presidente da Assembléia da República e ao Primeiro-Ministro para que se promova a abertura de créditos extraordinários (artigo 172º, n.º 7), podendo os credores, uma vez notificados da insuficiência, requererem ao tribunal o seguimento da execução da entidade pública na forma disposta na lei processual civil, ou seja, através de penhora e venda de bens patrimoniais públicos (artigo 172º, n.º 8).

Por fim, ponto louvável do sistema português que merece aplausos do legislador reformador, é o inerente à instituição do poder de os tribunais administrativos imporem sanções pecuniárias compulsórias aos titulares dos órgãos administrativos obrigados a cumprir os comandos judiciais (artigo 3º, n.º 2 e n.º 3). Embora não seja um instituto exclusivamente aplicável ao processo de execução, é nesta área que ele encontra seu maior relevo e importância. As sanções compulsórias não recaem, no contexto do CPTA, sobre o ente público estatal, mas sim, direta e individual, sobre o patrimônio pessoal do agente titular

³²⁷ O reembolso do Estado Central, segundo o CPTA, poderá se dar através de retenções de transferências financeiras futuras a serem realizadas às entidades descentralizadas ou de ações de regresso a serem propostas nos próprios tribunais administrativos.

do respectivo ente responsável por dar cumprimento à determinação judicial exarada (artigo 169º, n. 1º). A importância paga a título de sanção reverte-se-á em favor do credor exequente até o valor que este faça jus a título de indenização contra o ente público; o que exceder a este limite será inscrito em favor do Estado na dotação do CSTAF (artigo 169º, n.º 6).³²⁸

5.2. O contencioso administrativo espanhol

5.2.1. A reforma do contencioso-administrativo espanhol

Como já visto neste capítulo (item 4.1.4), a Espanha, desde meados do século XX (1956), adota um modelo de jurisdição plena no que se refere ao controle dos atos emanados do Estado-Administração. Contudo, nada obstante a perfeita previsão normativa, na prática envolvendo os processos contra o Poder Público, a Administração continuou (mesmo na vigência da *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956*) exercendo a titularidade de algumas prerrogativas, dentre as quais destacava-se aquela que lhe reservava a possibilidade de abrandar ou mesmo ilidir a potestade das ordens e determinações executivas expedidas pelos tribunais administrativos.

Tal permissividade do sistema espanhol gerava uma grave situação de insegurança jurídica, na medida em que, embora fosse conferida aos órgãos jurisdicionais administrativos competência para resolver as demandas administrativas, seus julgados careciam de efetividade plena, porquanto seus provimentos apenas poderem ser efetivados e cumpridos, na maioria

³²⁸ Segundo Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, busca-se, com isso, uma forma de evitar o enriquecimento sem causa do credor, que não pode pretender receber quantia superior àquela a que tem direito a título de indenização por danos sofridos em função de descumprimento. ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. Op. cit., nota 290, p. 967.

dos casos, com a cooperação voluntária dos órgãos da Administração, sem que fosse impingida pela ordem jurídica vigente no período qualquer medida face ao descumprimento das ordens judiciais.³²⁹

Com a promulgação da Constituição Espanhola de 1978 (CE), que consagrou o princípio da jurisdição plena em matéria Administrativa, possibilitando aos tribunais não só julgarem mas também fazerem executar os seu julgados (artigo 117.3), a *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956*, ainda que continuasse vigente, passou a ser aplicada sob a perspectiva dos novos princípios constitucionais inerentes à plenitude dos poderes jurisdicionais. Contudo, apesar dos esforços da doutrina e jurisprudência espanhola no sentido de adequar a legislação vigente aos novos ditames constitucionais, em determinado momento histórico restou-se demonstrado como necessária uma reforma legislativa sobre a matéria, de modo que o processo contencioso-administrativo pudesse cumprir efetivamente com as novas exigências constitucionais impostas.³³⁰⁻³³¹

Como consequência desse cenário, duas décadas mais tarde (em 1997),³³² foi apresentado um Projeto de Lei sobre Jurisdição Contencioso-Administrativa, que veio

³²⁹ PORTALÉS, Leticia Fontestad. **La jurisdicción contencioso administrativa en España**. In Revista CEJ, Brasília, n. 34, jul./set. 2006. p. 63.

³³⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. vol. 1. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 578-579.

³³¹ Além da precariedade do processo executivo (já referida no texto), Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández citam como circunstâncias que concorreram para a necessidade de do contencioso-administrativo espanhol as seguintes: a) o assoberbamento das Salas do Contencioso-Administrativo, que, por ainda deterem uma série de competências originárias, sofriam um bloqueio quase que total de suas atividades de julgamento, com grave prejuízo à segurança das relações administrativas e à garantia da duração razoável do processo (prevista tanto no artigo 24 da Constituição Espanhola, quanto no artigo 6º da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem; b) a precariedade do sistema de medidas cautelares, praticamente restrito à suspensão de execução do ato administrativo recorrido; e c) a própria reorganização estatal promovida pela Constituição de 1978, que migrou de um regime de Estado centralizado e unitário, para um modelo amplamente descentralizado. Ibid., p. 579.

³³² Antes disso, foram apresentados, sem sucesso, dois projetos de lei sobre o tema: o primeiro em 1986 e o segundo em 1995.

posteriormente a se convertido na atual e vigente *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* Espanhola - Lei 29/1998, de 13 de julho de 1998 (LJCA).³³³

A reforma do contencioso administrativo espanhol promovida pela LJCA operou-se, basicamente, sobre três aspectos: jurisdição, competência e procedimento.³³⁴

No que diz respeito ao primeiro aspecto (jurisdição) a reforma teve por mérito eliminar alguns elementos complicadores em matéria de conflito entre as jurisdições administrativa e judicial (*rectius*, comum), especialmente no campo das ações patrimoniais contra o Poder Público que eram suportadas por seguro de responsabilidade civil.³³⁵

Quanto ao segundo aspecto (competência), a reforma redefiniu as competências afetas ao diversos órgãos judiciais integrantes da ordem jurisdicional administrativa, com fito de descongestionar as Salas do Contencioso-Administrativos dos Superiores Tribunais de Justiça das Comunidades Autônomas e facilitar ao cidadão a propositura de demandas administrativas de assuntos menos complexos ou de escassa quantia econômica, que passaram

³³³ A LJCA foi posteriormente modificado, em 2003, pela Lei Orgânica 19/2003, de 23 de dezembro, voltada a reforma da lei orgânica do Poder Judiciário espanhol - *A Disposición Adicional Decimocuarta* da referida lei alterou as redações dos artigos 2, 8, 9, 21.1, 37, 78.1, 80.2 e 110 da LJCA.

³³⁴ PORTALÉS, Leticia Fontestad. Op. cit., nota 329, p. 63.

³³⁵ Leticia Fontestad Portalés explica a problemática outrora existente nos seguintes termos: “el Tribunal Supremo y distintas Audiencias Provinciales entendían que dado que las compañías aseguradoras no figuraban legalmente como posibles partes de un procedimiento contencioso-administrativo, por la *vis* atractiva de la Jurisdicción civil ésta era la que conocía de estos supuestos en los que junto a la administración se demandaba a su aseguradora. Puesto que ésta no era coautora del daño no podía entrar como parte en el procedimiento contencioso-administrativo.” Ibid. A questão restou-se duplamente resolvida e regulada após a reforma, tanto pelo *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOJP), quanto pela *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA): o primeiro diploma (LOJP) estabelece a competência da ordem jurisdicional administrativa para o conhecimento das reclamações de responsabilidade civil, mesmo quando o interessado acione diretamente a segurado da Administração (artigo 9.4); já o segundo (LJCA) determina que a responsabilidade patrimonial da Administração Pública, qualquer que seja a natureza da atividade ou tipo de relação que derive, não pode ser demandada junto à ordem jurisdicional civil ou social, ainda quando na produção do dano concorram terceiros particulares ou socorra à Administração um seguro de responsabilidade (artigo 2, “e”), e que estão legitimadas passivamente junto ao contencioso-administrativo “las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren” (artigo 21.1, “e”).

a ser da competência originária dos juízos do contencioso-administrativo (artigo 8, da LJCA) ou dos juízos centrais do contencioso-administrativo (artigo 9, da LJCA).³³⁶

Por fim, o terceiro ponto abordado pela reforma processual espanhola foi a modificação dos procedimentos, em especial do denominado *proceso abreviado*, que será visto mais detidamente adiante, neste próprio tópico.

5.2.2. Notas gerais sobre o modelo processual espanhol vigente

Vistos os principais motivadores das modificações geradas pela reforma do contencioso-administrativo espanhol, interessa-nos, neste tópico - sem prejuízo do estudo próprio das formas procedimentais e da eficácia e execução das decisões judiciais, a serem vistos, destacadamente, nos itens 4.3.3 e 4.3.4 deste capítulo - verificar alguns dos aspectos do modelo processual administrativo vigente que se apresentam como mais relevantes para os fins do estudo comparado ora empreendido.

O modelo processual consagrado pela LJCA espanhola foi erguido sobre forte influência do processo civil ordinário, fazendo-se presente na sua disciplina a aplicação de vários preceitos e princípios inatos à processualística civil, tal qual o princípio dispositivo³³⁷ e o da instrumentalidade das formas.³³⁸ Além disso, nesse mesmo sentido, tanto a LJCA de 1998 (*Disposición Final Primera*), quanto a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei 1/2000, de 7 de

³³⁶ Ibid., p. 64.

³³⁷ Assim dispõe o artigo 33.1 da LJCA: “1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición.”

³³⁸ O princípio foi esculpido no artigo 138, nº 2 e nº 3, da LJCA, nos seguintes termos: “2. Cuando el órgano jurisdiccional, de oficio, aprecie la existencia de algún defecto subsanable, dictará providencia en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia. 3.

janeiro - artigo 4), prevêem a aplicação supletiva desta última naquilo que a primeira (LJCA) não dispor de forma específica.³³⁹

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández explicam esta aproximação com a processualística civil com os seguintes argumentos:

*Hasta la LJ de 1998 el recurso contencioso-administrativo se configuro, no obstante, como un proceso impugnatorio (de ahí la conservación del nombre de <recurso>) resultante de la exigencia de un acto administrativo previo, cuyas condiciones de validez eram, en principio, el único objeto del litigio. La reforma de 1998 ha rectificado esta limitación, procedente de la configuración histórica del contencioso y de su articulación con el principio de autotutela, abriendo cauces procesales nuevos perfectamente equiparables a los juicios declarativos ordinario(...) El proceso contencioso-administrativo es, pues, un proceso entre partes (en modo alguno un <proceso al acto>, según la vieja tradición francesa del excès de pouvoir, hoy también superada allí).*³⁴⁰

Dentro da idéia de construir um verdadeiro arquétipo processual de partes, ganha relevo o estudo das posições e prerrogativas que estas titularizam no âmbito do processo contencioso-administrativo e, principalmente, a observância do princípio da paridade de armas ou da igualdade substancial entre as partes.

E nesse ponto específico, a reforma espanhola parece ter andado mal, ao não se referir expressamente a regras processuais específicas voltadas à concretização do princípio da

Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto.”

³³⁹ Milagros López Gil dá conta, todavia, de que “en la práctica, la aplicación supletoria de las instituciones clásicas del proceso civil al proceso contencioso administrativo plantea dificultades, derivadas, primero, de la diferente técnica procesal que informa cada uno de los cuerpos legales y, segundo, de la existencia, en el proceso contencioso administrativo, de unos intereses generales que afectan a los principios vertebradores del proceso y que hacen que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa trasciende la órbita individual y alcanza el ámbito colectivo, al constituir su razón de ser la satisfacción del interés general, mientras que el proceso civil es un proceso entre particulares, inspirado en el principio de justicia rogada o principio dispositivo y de verdad formal.” GIL, Milagros López. **La ejecución de sentencias en la ley de contencioso administrativo español.** In Revista CEJ, Brasília, n. 34, jul./set. 2006. p. 74.

³⁴⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., nota 330, p. 620.

igualdade substancial entre as partes no âmbito do contencioso-administrativo. Isto porque, muito embora a doutrina e a jurisprudência sejam uníssonas no sentido de interpretar que a paridade de armas, também no que toca ao contencioso-administrativo, integra o rol de garantias processuais consagradas pelo artigo 24.2, da Constituição,³⁴¹ os tribunais administrativos, de uma forma geral, ainda não incorporaram na sua rotina diária, condutas voltadas à eliminação de alguns velhos hábitos.

Embora não mais se sustentem do ponto de vista legal, tais hábitos vêm sendo mantidos a despeito de toda carga axiológica lançada pela onda reformatória e acabam por privilegiar a Administração em prejuízo da parte privada. Podem ser citados como exemplos dessa famigerada prática forense espanhola: a) a complacência na observância dos prazos processuais; b) a incorreta divisão do ônus da prova, sendo freqüentemente aceitos como verazes, à luz do anacrônico dogma da presunção da legalidade dos atos administrativos, todas as provas e alegações da Administração; e c) a benevolência na aplicação de sanções em virtude da quebra do dever de boa-fé processual.³⁴²

No que diz respeito ao objeto do processo contencioso-administrativo, o artigo 1.1 LJCA estabelece que os tribunais administrativos conheceram de *“las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas”*. O conteúdo material do processo a ser desenvolvido junto aos tribunais administrativo é, portanto, à luz do dispositivo citado, bastante amplo, abrangendo tanto as atividades tipicamente administrativas (tais como, atos de autoridade, contratos públicos e emissão de regulamentos),

³⁴¹ Eis a redação do dispositivo citado: “2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

³⁴² Ibid., p. 634-635.

quanto as atividades de gestão, desempenhadas pela Administração em condições análogas aos particulares.³⁴³

No campo do processo cautelar, o sistema processual vigente se inspira na idéia de que *la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva*, não devendo, portanto, ser entendida como uma exceção a adoção de medidas provisionais, mas sim como uma faculdade que o órgão judicial pode exercitar sempre que resulte necessária à efetiva tutela do direito em conflito (§5º da Exposição de Motivos da LJCA de 1998). Com base nessa premissa, a LJCA traz em seu bojo, como regra geral, a possibilidade de adoção de qualquer tipo de medida cautelar (artigo 129), dando ao magistrado amplos poderes de cognição para determinar a forma e o momento de sua concessão.³⁴⁴ O sistema se destaca, também, por prever e possibilitar a concessão de tutela cautelar de evidência (artigo 136 da LJCA).³⁴⁵

Todavia, nada obstante estas virtudes, que, sem dúvida, revelam um grande avanço se comparado ao quadro vigente antes da LJCA de 1998, o sistema de tutela cautelar do contencioso-administrativo espanhol deixa margem para formulação de algumas críticas. A

³⁴³ Conforme explica Letícia Fontestad Portalés “El objeto del proceso contencioso administrativo lo constituirá según lo previsto en los artículos 25 y ss LJCA: 1º.- las disposiciones de carácter general y los actos expresos y presuntos de la administración pública que pongan fin a la vía administrativa, sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. 2º.- La inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho en los términos establecidos en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa 3º.- Los actos que se produzcan en aplicación de las disposiciones de carácter general fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho. 4º.- La falta de impugnación directa de una disposición de carácter general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos con fundamento en lo señalado en el apartado anterior.” PORTALÉS, Leticia Fontestad. Op. cit., nota 329, p. 64-65.

³⁴⁴ O artigo 135 da LJCA autoriza a concessão de medidas *inaudita altera parte* nos seguintes termos: “El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.”

³⁴⁵ A redação do artigo citado é a seguinte: “1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.”

primeira delas volta-se à debilidade do artigo 130 da LJCA³⁴⁶ no que toca à formulação de critérios materiais com base nos quais o juiz ou tribunal deve outorgar a medida cautelar. Essa carência tem gerado inúmeros problemas para os tribunais, que vêm interpretando o dispositivo em tela de forma bastante restritiva, relegando a concessão da medida cautelar apenas para os casos em que a sua denegação cause prejuízos irreparáveis (ao processo ou ao direito material nele discutido), algo que representa evidente paradoxo em relação aos fins colimados pela nova LJCA para a tutela cautelar (revelados expressamente, conforme já visto, na sua exposição de motivos).³⁴⁷

Outra crítica que pode ser feita é quanto à ausência de uma disciplina específica para efetivação concreta das medidas cautelares deferidas em face da Administração. Em função das peculiaridades jurídicas que ditam a forma de atuação, organização e funcionamento dos órgãos e entidades administrativas era de todo esperado que a LJCA se detivesse a tratar expressamente da estipulação de mecanismos de cumprimento apropriados à realidade da relação jurídico-administrativa, eliminado-se, assim, um sem-número de possíveis dúvidas e incertezas que possam pairar sobre os métodos de cumprimento a serem designados pelos juízes e tribunais. Destarte, no que se refere à disciplina cautelar, a LJCA se restringe a estabelecer algumas poucas regras procedimentais sobre o tema (artigos 129 a 136), voltadas, eminentemente, a regular os aspectos cautelares internos ao processo (forma, requisitos e efeitos), sem muita preocupação, contudo, com sua concretização prática.³⁴⁸

³⁴⁶ A redação do artigo citado é a seguinte: “1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.”

³⁴⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., nota 330, p. 651-652.

³⁴⁸ A única regra existente sobre o ponto no capítulo reservado às medidas cautelares (Capítulo II, do Título VI) encontra-se no artigo 134.2: “La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.”

5.2.3. As formas procedimentais previstas na LJCA

O sistema processual administrativo espanhol contempla duas formas procedimentais comuns, reguladas, respectivamente, nos Capítulos I e II, do Título IV, da LJCA: o *proceso ordinário* e o denominado *proceso abreviado*.

Pelo *procedimiento abreviado* tramitam as causas do contencioso-administrativo espanhol cujos valores não superem 13 mil euros e aquelas referentes a: servidores da Administração Pública; estrangeiros e inadmissão de asilo político; desporto em matéria de doping (artigo 78 da LJCA).³⁴⁹

Pelo *procedimiento ordinário* são veiculadas todas as pretensões para as quais não haja regulação processual específica, nem se apresente aplicável o procedimento abreviado. Trata-se, portanto, do procedimento geral ou regra, a ser adotado no âmbito do contencioso-administrativo espanhol. O procedimento ordinário guarda algumas peculiaridades que merecem especial destaque.³⁵⁰

A primeira delas refere-se à previsão, em determinadas demandas, de uma fase prévia à instauração do processo contencioso-administrativo, voltada à realização de *diligências preliminares*. Assim, os artigos 43 e 44 da LJCA regulam, respectivamente, com caráter geral, duas diligências preliminares, ambas aplicadas aos casos em que a Administração Pública figura como autora da demanda: a *declaración de lesividad* e a *reclamación previa*.

³⁴⁹ A abrangência atual do procedimento abreviado foi dada pela Lei 19/2003, que, além de ampliar o seu âmbito de incidência material no que se refere às questões ligadas a servidores públicos, aumentou de 3 para 13 mil euros o valor limite para adoção do procedimento.

³⁵⁰ Nada obstante a riqueza do tema e o interesse que ele desperta, cabe advertir que, neste ponto, não será realizado estudo detalhado de todos os aspectos que envolvem a forma procedimental citada, mas apenas ressaltadas as suas principais peculiaridades em relação ao modelo processual ordinário da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola.

A *declaración de lesividad* destina-se a regular as hipóteses em que a própria Administração, autora de algum ato, pretende demandar a sua anulação perante a jurisdição administrativa, situação em que deverá, previamente à propositura da ação, declará-lo lesivo para o interesse público (artigo 43).³⁵¹ Já a *reclamación previa* aplica-se, especificamente, aos litígios entre Administraciones Públicas distintas e possibilita que, por provocación do ente administrativo demandante, seja previamente instada a Administración a ser demanda para que modifique ou extinga a disposición normativa ou ato administrativo cuestionado (artigo 44.1 da LJCA).³⁵²

Outro aspecto peculiar do procedimento ordinário do contencioso-administrativo espanhol consiste na forma de exercício do direito de ação. Diferente do que ocorre no processo civil, o contencioso-administrativo não se inicia com a propositura da demanda, mas sim com a apresentação de um mero escrito, onde se restringe o autor a citar a disposición ou ato (omissivo ou comissivo) impugnado e a requerer que se tenha por interposto o recurso e, portanto, instaurado o processo (artigo 45.1 da LJCA). Uma vez atendidos todos os requisitos impostos pela LJCA para o deferimento do pedido de instauração do processo, o órgão jurisdiccional administrativo requisita à Administración a remessa dos autos do processo administrativo referente ao ato ou norma impugnado (artigo 48.1 da LJCA).³⁵³

³⁵¹ PORTALÉS, Leticia Fontestad. Op. cit., nota 329, p. 67.

³⁵² O artigo 44, nº 1 e nº 2, dispõem sobre a forma e prazo da *reclamación previa*: “2. El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad. 3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestará.”

³⁵³ Remetido o processo administrativo ao órgão jurisdiccional, será concedido ao autor o prazo de vinte dias para que apresente sua demanda (artigo 52.1 da LJCA). Caso os autos do processo administrativo não sejam remetidos ao órgão jurisdiccional, o autor pode requerer que seja a ele permitido propor a demanda, reservando-se a possibilidade de, posteriormente à remessa dos autos do processo administrativo pela Administración, apresentar alegações complementares (artigo 53 da LJCA). Se no prazo para contestar a Administración não remeter os autos do processo administrativo terá sua contestação inadmitida (artigo 54.1 da LJCA). Também pode ser requerida pela parte a suspensão do prazo para apresentação da demanda caso os autos do processo administrativo estejam incompletos (artigo 55 da LJCA).

Esse regime postulatório próprio possui dupla função dentro do sistema espanhol. Primeiro garante ao autor, de forma facilitada, o acesso a todos os elementos necessários à formulação de sua demanda, uma vez que no processo administrativo encontram-se documentados todos os antecedentes históricos relacionados ao ato impugnado.³⁵⁴ Em segundo lugar, ele possibilita, já na fase inicial do procedimento contencioso-administrativo, a intimação dos eventuais interessados na manutenção do ato para que, caso queiram, participem da demanda instaurada.³⁵⁵

Em complemento às formas procedimentais comuns, o Título V da LJCA prevê outras três espécies de procedimentos especiais. A primeira delas é o *procedimiento para protección de derechos fundamentales de la persona*, voltada à proteção imediata e efetiva das liberdades e direitos reconhecidos pela Constituição Espanhola (artigos 114 a 122).³⁵⁶

Em seguida o Título V trata da denominada *acción de ilegalidad (questión de ilegalidad)*, que constitui procedimento especialmente estruturado para pretensões que tenham

³⁵⁴ Conforme explica Leticia Fontestad Portalés “si el proceso civil principia por demanda en la que el demandante ejercita la acción y su pretensión, en el proceso contencioso-administrativo con el escrito de interposición se ejercita la acción y con la demanda la pretensión facilitando así la labor del actor pues en el escrito de interposición identificará el acto, resolución o disposición que se recurre para que la administración competente remita el expediente administrativo y sobre el mismo pueda el actor presentar su demanda fijando con precisión la pretensión que ejercita.” PORTALÉS, Leticia Fontestad. Op. cit., nota 329, p. 68.

³⁵⁵ No sistema da LJCA a citação dos contra-interessados é realizada pela própria Administração, na oportunidade em que lhe é requisitada pelo órgão jurisdicional a remessa dos autos do processo administrativo. Assim dispõe o artigo 49.1 da LJCA: “1. La resolución por la que se acuerde remitir el expediente se notificará en los cinco días siguientes a su adopción, a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días. La notificación se practicará con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule el procedimiento administrativo común.”

³⁵⁶ O procedimento atende ao imperativo do artigo 53.2 da Constituição espanhola: “2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

por objeto a impugnação de normas regulamentares editadas pela Administração (artigos 123 a 126).³⁵⁷

Por derradeiro, prevê o mesmo Título V *o procedimiento nos casos de suspensión administrativa prévia de acuerdos* (artigo 127). Trata-se de procedimento estruturado para atender à necessidade peculiar do direito material administrativo espanhol que, em alguns casos, autoriza que certa autoridade administrativa possa suspender atos e acordos emitidos no âmbito de outra corporação ou entidade pública colegiada, desde que, seguidamente à decretação da suspensão, a questão seja submetida ao controle da jurisdição administrativa.³⁵⁸

5.2.4. A execução de sentenças no contencioso-administrativo espanhol

A execução de sentenças no contencioso-administrativo espanhol foi regulada no Capítulo IV do Título IV, da LJCA (artigos 103 a 112) e experimentou um grande avanço em comparação ao diploma anteriormente vigente (*Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956*). Nada obstante, a disciplina prevista na LJCA ainda se demonstra insuficiente para regular plenamente o processo *in executivis* contra a Administração Pública, pelo que continua sendo necessário recorrer, supletivamente, às normas previstas na *Ley de Enjuiciamiento Civil* para integrar um sistema completo de execução de sentenças.³⁵⁹

O processo de execução no contencioso-administrativo espanhol é precedido de uma fase prévia, instaurada de ofício pelo órgão jurisdicional, na qual se fixa um período em que é

³⁵⁷ Segundo Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez o procedimento em tela teria sido inspirado na ação de inconstitucionalidade prevista na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de 3 de outubro de 1979. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., nota 330, p. 696.

³⁵⁸ Ibid., p. 698.

³⁵⁹ GIL, Milagros López. Op. cit., nota 339, p. 74.

possibilitado ao ente condenado cumprir voluntariamente o que se restou ordenado na sentença. O prazo para cumprimento voluntário da condenação, conforme estabelecido pelo artigo 104.1 da LJCA, é, via de regra, de dois meses, a contar da intimação formal da Administração para que cumpra a sentença.³⁶⁰

Juntamente com a regulação dos modos de cumprimento voluntário das sentenças, o sistema do contencioso-administrativo espanhol prevê alguns mecanismos dirigidos a forçar a Administração Pública a cumprir espontaneamente as sentenças que lhes são desfavoráveis. Ditos mecanismos são as multas coercitivas e o *testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal* (artigo 112 da LJCA).³⁶¹ Tanto um quanto outro recaem diretamente sobre o agente público identificado como responsável pela realização do ato determinado pelo órgão jurisdicional.

Caso não cumprida a obrigação manifesta na sentença de forma voluntária, inicia-se o processo executivo, propriamente dito, que, dependendo do objeto da condenação (pagamento de quantia em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer), observará disciplinas distintas.

A execução por quantia certa contra a Administração é tratada pela LJCA, em seu artigo 106. O artigo 106.1 estabelece que sempre que a Administração for condenada em determinada quantia em dinheiro, o pagamento será realizado, no prazo máximo de três

³⁶⁰ Este é o prazo geral, sendo certo que poderá o juiz ou tribunal, em atenção à natureza da obrigação a ser cumprida, definir um prazo menor, se considerar que o prazo de dois meses pode gerar ineficácia da sentença proferida ou grave prejuízo ao exequente (artigo 103.3 da LJCA). O prazo para cumprimento voluntário, em se tratando de sentença de condenação em quantia certa, é de três meses (artigo 106.3 da LJCA).

³⁶¹ Explica Milagros López Gil que “tradicionalmente se ha circunscrito el ámbito de aplicación de las medidas coercitivas a las sentencias de condena a obligaciones in natura. Si bien entendemos esta limitación en el proceso civil en donde la imposición de las multas coercitivas se circunscribe a las sentencias que contienen una condena a un hacer personalísimo, pues con respecto al resto de las sentencias de condena los poderes del juez son tan amplios que, salvo insolvencia del ejecutado, queda garantizada la plena satisfacción del ejecutante sin necesidad de recurrir a mecanismos de coerción...Es por ello por lo que, desde nuestro punto de vista, las multas coercitivas se pueden utilizar tanto para compeler al cumplimiento de las sentencias que contienen obligaciones in natura, como aquellas que condenan al pago de una cantidad de dinero, siempre y cuando la imposición de las mismas vaya destinada a lograr que se realice la correspondiente habilitación presupuestaria.” Ibid., p. 76-77.

meses, às custas de dotações orçamentárias específicas.³⁶² Não ocorrendo o pagamento no prazo assinalado, abre-se ao exequente a possibilidade de requerer ao órgão jurisdicional a instauração da execução forçada de quantia certa, que seguirá integralmente³⁶³ o regime da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (106.3 da LJCA).³⁶⁴

Como alternativa ao pagamento pela Administração ou à instauração da execução forçada, o artigo 106.6 possibilita a qualquer das partes requerer a compensação do crédito contido na sentença com eventual crédito titularizado pela Administração executada.

Uma das novidades mais importantes introduzidas pela nova LJCA espanhola revela-se no campo da execução das sentenças que condenam a Administração ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (obrigação *in natura*). Com o objetivo de garantir o cumprimento efetivo destas decisões o artigo 108 da nova lei consagrou três formas executivas diferentes: a execução por meio judicial; a execução comissarial e a execução subsidiária.

³⁶² Comentando o dispositivo, Milagros López Gil apresenta a seguinte crítica: “*No obstante, esta previsión carece de incidencia en el cumplimiento de las sentencias. En primer lugar, porque junto a la exigencia de la consignación no se articula, paralelamente, la sanción que lleva aparejada el incumplimiento de esta obligación. Y, en segundo lugar, por la ausencia de un procedimiento ad hoc para la denuncia de la ausencia de la consignación de tales partidas o la insuficiencia de la misma. En efecto, el artículo 106.1, LJCA, no establece que va a suceder en aquellos casos en los que la partida presupuestaria no exista, o cuando, existiendo, ésta es insuficiente y no se procede a su ampliación dentro del plazo señalado por el mismo precepto.*” Ibid., p. 75.

³⁶³ Embora a execução siga o regime expropriatório do processo civil, o artigo 106.4 da LJCA ressalva que “si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla.”

³⁶⁴ A utilização da sistemática expropriatória do processo civil se torna possível porque, no sistema jurídico espanhol, alguns dos bens que compõem o patrimônio estatal são passíveis de penhora. Nesse sentido explica Milagros López Gil que “*no cabe proyectar la ejecución forzosa sobre aquellos que se configuran como bienes de dominio o bienes demaniales, en tanto que su inalienabilidad y su inembargabilidad está consagrada al más alto nivel (...) Los bienes patrimoniales, por contraposición a los demaniales, se definen como aquellos que no están afectos a un fin público y que van a cumplir una función financiera o lucrativa por cuanto tienen como finalidad la de proporcionar ingresos a su titular, por lo que, en principio, no les será aplicable el régimen jurídico de los bienes de dominio público, siendo alienables y embargables.*” Ibid., p. 78.

A primeira delas constitui verdadeira forma executiva de sub-rogação, pela qual o órgão jurisdicional irá, através da utilização dos meios de que dispõe,³⁶⁵ substituir a Administração; será observada sempre que o ato devido não tenha um conteúdo excessivamente complexo, nem esteja sob a reserva própria da discricionariedade administrativa.³⁶⁶

A execução comissarial representa medida executiva pela qual o juiz ou tribunal delega a um funcionário específico da própria Administração Pública condenada ou de outra entidade pública, os poderes necessários para efetivação do comando contido na sentença.

Finalmente, a execução subsidiária se dá quando, a pedido do exequente, é autorizada pelo órgão jurisdicional a designação de um terceiro particular para a realização material do ato para o qual fora condenada a Administração.

Vistos, em linhas gerais, a forma de desenvolvimento e mecanismos executivos presentes no contencioso-administrativo espanhol, outras três referências específicas merecem destaque.

A primeira atine ao instituto da extensão de efeitos da sentença, previsto no artigo 110 da LJCA. Tal expediente destina-se a evitar um número excessivo de ações idênticas que podem ser produzidas quando em jogo determinadas matérias de direito público, tal qual a tributária e a referente a servidor público. Nestes casos, proferida uma sentença, a lei permite que todos aqueles que se encontrem em situação objetiva idêntica possam solicitar a sua

³⁶⁵ Não sendo possível praticar o ato por seus próprios meios, ao órgão jurisdicional se reservam duas opções (artigo 108 da LJCA): a) recorrer à colaboração de outros órgãos ou entes da Administração Pública que, por sua expertise ou objeto institucional, sejam capazes de efetivar a medida necessária à concretização da sentença; ou b) recorrer a terceiros alheios à Administração que demonstrem capacidade para efetivar a medida necessária.

³⁶⁶ GIL, Milagros López. Op. cit., nota 339, p. 79.

extensão e execução, tornando-se desnecessária, com isso, a propositura de novas ações de conhecimento sobre a questão.

Cabe, ainda, o registro de que, no sistema processual administrativo espanhol, resta-se totalmente admitida a execução provisória da sentença, não se exigindo, como regra, o trânsito em julgado da decisão para o início do processo executivo (artigos 84, 91 e 106.5 da LJCA).

Por derradeiro, conquanto o processo de execução contra a Administração tenha se estruturado sob forte inspiração da garantia constitucional da tutela executiva efetiva (artigo 117.3 da Constituição Espanhola),³⁶⁷ a LJCA prevê duas hipóteses em que o cumprimento exato do mandamento contido se configurará prejudicado: quando verificada a impossibilidade material ou legal de executar a sentença (artigo 105.2) ou quando a existência de alguma causa de utilidade pública ou interesse social imponha o não cumprimento da sentença (artigo 105.3). Ambas as causas deverão ser comprovadas pela Administração junto ao órgão jurisdicional e caso sejam por ele acolhidas, caberá, em favor do exequente, a fixação de uma justa indenização.

5.3. Conclusões

O estudo desenvolvido ao longo deste capítulo e daquele que o antecedeu (Capítulo IV) possibilitou a identificação das principais variantes relacionadas aos processos judiciais envolvendo o Poder Público em alguns dos principais ordenamentos jurídicos estrangeiros

³⁶⁷ Como regra, dispõe o artigo 105.1 da LJCA: “no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo.”

(com prevalência para o direito europeu). Foi viabilizado através dele, destarte, a melhor compreensão das bases histórico-culturais responsáveis pela configuração dos sistemas jurisdicionais e processuais existentes (Jurisdição Administrativa e *judicial review*) e a identificação das virtudes e fragilidades apresentadas por cada um destes sistemas nos dias atuais.

Restou-se demonstrado que o conceito de tutela jurisdicional efetiva de direitos no cenário internacional europeu vem ganhando, nos últimos tempos, grandiosa importância, principalmente por conta do plexo de normas garantísticas que integram o direito comunitário europeu e da contundente atuação da Corte Européia dos Direitos do Homem no que se refere à sua afirmação e observância.³⁶⁸

Particularmente no que toca aos litígios envolvendo o Poder Público, tem se revelado latente a preocupação de emprestar à garantia do acesso à justiça o status de um verdadeiro direito fundamental, configurado na proteção jurisdicional efetiva do particular face ao Estado, tanto sob o aspecto substancial quanto processual.³⁶⁹

Essa premissa fundamental do acesso à justiça constitui, hodiernamente, a base hermenêutica de toda a disciplina processual pertinente aos litígios envolvendo o Poder Público e vem impondo como absolutamente necessário o aprimoramento das técnicas processuais para adequada tutela dos direitos decorrentes das relações jurídicas das quais o Estado seja parte.

Com esse motor, observou-se nos últimos anos na Europa uma significativa empreitada reformista, obstinada a concretizar, na seara da denominada Justiça

³⁶⁸ SOMMERMAN, Karl-Peter. **Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe**. In: ZILLER, Jacques (Org.). **What's new in European administrative law**. Badia Fiesolana, San Domenico (FI): European University Institute, 2005. p. 20.

³⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., nota 303, p. 41.

Administrativa, as garantias fundamentais do processo, principalmente, por meio do reforço da posição processual do particular face ao Poder Público.³⁷⁰

Em linhas gerais, as reformas empreendidas em terras européias nos últimos anos, apresentaram as seguintes características comuns: a) ampliação dos poderes judiciais para condução e pronúncia em todas as sedes processuais: conhecimento, cautelar e execução; b) consolidação do conceito de processo de partes, com ênfase na tutela de direitos dos administrados e nas garantias individuais do processo; c) especificação das técnicas processuais voltadas à tutela dos direitos decorrentes de relações administrativas.

Nesse movimento se engajaram, dentre outros países,³⁷¹ Portugal e Espanha, os quais, na última década, promoveram importantes e substanciais modificações em seus respectivos sistemas processuais administrativos.

A reforma portuguesa, fortemente inspirada no modelo de jurisdição administrativa alemão, teve como principais marcos a Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro (Estatuto dos Tribunais Administrativos Fiscais) e a Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro (Código de Processo nos Tribunais Administrativos). No primeiro plano, a reforma promoveu uma profunda mudança na estrutura dos tribunais administrativos, reorganizando as competências dos respectivos tribunais e juízes de forma a permitir a facilitação do acesso à justiça pelos particulares.

³⁷⁰ Nesse sentido SOMMERMAN, Karl-Peter. Op. cit., nota 368, p. 19.

³⁷¹ O movimento de reforma se espraia, praticamente, por todos os países da Europa e atinge mesmo aqueles que ainda adotam o modelo francês de jurisdição administrativa (que, como já visto, não representa verdadeiro sistema jurisdicional). Exemplo disso são as modificações recentemente vivenciadas pela Itália, no campo da tutela cautelar e da tutela específica voltada às omissões administrativas (*Lei n.º 21, de julho de 2000, n. 205*), e pela França, no tocante às disciplinas da suspensão de atos administrativos, execução de sentenças e tutelas de urgência (*Lei n.º 95-125, de 8 de fevereiro de 1995 e Lei n.º 2000-597, de 30 de junho de 2000*). Além deles vale citar os exemplos da Holanda (em 1992) Finlândia (em 1996 e 2003), Grécia (em 1999) e Polônia (em 1995 e 2002).

No plano processual, a reforma portuguesa, concretizada no novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) implementou, no campo da legislação infraconstitucional, os princípios da tutela jurisdicional efetiva, da duração razoável do processo e da paridade de armas entre as partes litigantes.

Com o mesmo desiderato garantístico de acesso foram previstas pelo novel sistema: a) a ampliação dos poderes de pronúncia dos juízes - foi, praticamente, eliminada a possibilidade de sentenças sem julgamento de méritos, antes proferidas em razão de inaceitáveis limitações quanto aos meios de prova admitidos em juízo e por formalismos exacerbados; b) o fortalecimento dos meios de execução, como forma de assegurar a plena concretização da tutela jurisdicional *in executivis*; c) o completo disciplinamento e reforço das medidas cautelares.

Na Espanha, o ponto de partida da reforma ocorreu com a Lei 29/1998, de 13 de julho, reguladora do denominado contencioso-administrativo. Também em terras espanholas, as mudanças inseridas no plano dos processos envolvendo o Poder Público tiveram por escopo principal a valorização da garantia do acesso à justiça e do princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Nessa linha, a reforma teve por mérito: a) a facilitação do acesso aos tribunais administrativos, através da repartição mais racional das competências; b) a simplificação do acesso, eliminando formalidades excessivas e definindo, objetiva e claramente, os pressupostos necessários à instauração das demandas; c) o aprimoramento das formas procedimentais. Nada obstante suas evidentes virtudes, conforme visto neste capítulo, sob alguns aspectos específicos (tutela cautelar e executiva), o sistema processual administrativo espanhol ainda carece de um adequado desenvolvimento e tratamento com busca a cumprir plenamente com os objetivos constitucionais de efetividade plena que lhes são impostos.

No mais, por tudo o que foi exposto neste capítulo sobre a dinâmica atual dos sistemas processuais estrangeiros no que toca às demandas de interesse do Poder Público, pode-se afirmar que na Europa, à exceção do Reino Unido, que se mantém hígido em sua cultura do *judial review*, existe forte tendência de valorização do modelo jurisdicional e processual especializado,³⁷² estruturado à luz do sistema alemão.

As reformas aqui observadas corroboram esta tendência, indicando que o tratamento processual próprio/especial se impõe como uma necessidade inarredável a bem da adequada tutela dos direitos emergentes das relações jurídicas travadas com o Estado. A razão primeira da preferência pelo modelo especial, como visto, decorre de fatores históricos ligados às bases ideológico-jurídicas do regime de direito público dos países que foram influenciados pela axiologia da Revolução Francesa. Contudo, a questão não se esgota com a simples submissão a elementos histórico-culturais; na verdade, sob a nova perspectiva constitucional garantística que, na Europa, foi lançada sobre o fenômeno em estudo, identifica-se a especialização (tanto dos órgãos julgadores, quanto das normas processuais) como elemento nodal à realização da adequada tutela jurisdicional, porquanto possibilitar que o processo seja totalmente sensível e imanente às peculiaridades impostas pelo direito material a ser tutelado.

³⁷² Dentro deste cenário vale mencionar a existência de grupo internacional de pesquisa, concebido no âmbito da Universidade Alemã de Ciências da Administração Pública de Speyer (*Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*) e da Universidade Federal Fluminense (UFF), voltado à elaboração de um projeto euro-americano de *código modelo de jurisdição administrativa*. O referido grupo conta com a participação de docentes de diversas universidades espalhadas pelo mundo: Universidade Federal do Rio de Janeiro; Universidade Paris 1 - Panthéon-Sorbonne; Universidade Jaume I - Espanha; Universidade de Milão; Universidade de Buenos Aires; Universidade Católica Andrés Bello - Venezuela; Universidade Maior de San Andrés - Bolívia; Universidade de Erfurt - Alemanha; Universidade Externada da Colômbia. Dentre os integrantes podem ser citados os seguintes pesquisadores: Leonardo Greco, Hermann-Josef Blanke, Karl-Peter Sommermann, Lorena Ossio Bustillos, Ricardo García Macho, Consuelo Sarria Olcos, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galetta e Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva.

**CAPÍTULO SEXTO – A REFORMA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E
OS LITÍGIOS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO**

6.1. Breves considerações sobre o movimento de reforma do processo

6.1.1. O acesso à justiça como principal motor do movimento de reforma

Consolida-se no Estado de Direito contemporâneo a idéia de que o acesso à justiça pelo cidadão e a efetiva tutela jurisdicional de seus direitos, em virtude da relação direta que guardam com o primado da dignidade da pessoa humana, constituem direitos fundamentais de primeira ordem a serem protegidos pelo Estado.³⁷³

Dentro desse contexto institucional estatal, a processualística dos dias atuais tem sua principiologia predominantemente construída a partir da concepção de que é dever do Estado proporcionar aos seus cidadãos, o mais amplamente possível, o acesso aos tribunais jurisdicionais para composição dos conflitos que os afligem, assim como a eles disponibilizar as ferramentas processuais apropriadas para tutela efetiva dos direitos e interesses consagrados pela ordem jurídica material.

Torna-se inevitável, nesse contexto, um trabalho de revisão do sistema jurídico-processual, tendente à mudança de perspectiva de seus escopos e à criação de novas técnicas processuais voltadas à concretização das garantias constitucionais do acesso à justiça e da tutela jurisdicional efetiva.

Ao longo dessa empreitada, teve papel privilegiado o trabalho realizado pelo ilustre professor italiano Mauro Cappelletti, responsável pela identificação e definição, no movimento universal pelo acesso à justiça, das denominadas ondas renovatórias. Segundo o saudoso e brilhante professor de Florença, o implemento do acesso efetivo à justiça passaria pela observância de três posições básicas: a) a primeira direcionada a possibilitar aos

³⁷³ Nesse sentido, BROSS, Siegfried. **Tutela judicial efetiva no sistema multinível e as prerrogativas da Administração**. In Revista CEJ, Brasília, n. 27, out./dez. 2004. p. 17.

hipossuficientes a superação dos obstáculos financeiros que lhes afetam, garantindo-lhes assistência judiciária módica ou gratuita; b) a segunda voltada à construção de mecanismos aptos à representação e defesa coletiva de direitos; c) a terceira ligada à criação e implementação de mecanismos voltados ao aprimoramento das formas de solução de litígios, tanto dentro quanto fora dos limites da jurisdição estatal.³⁷⁴

As idéias trazidas pelas ondas renovatórias de Mauro Cappelletti têm influenciado e orientado movimentos de reformas processuais ao redor de todo o globo. Ao longo de mais de três décadas, inúmeras têm sido as modificações observadas nos mais variados sistemas processuais do mundo,³⁷⁵ sempre tendentes a atacar as principais barreiras encontradas para o exercício pleno do direito fundamental de acesso efetivo à justiça,³⁷⁶ localizadas, basicamente, em quatro pontos sensíveis do sistema processual: a) admissão em juízo; b) modo de ser do processo; c) justiça das decisões; d) efetividade (ou utilidade) dos provimentos jurisdicionais.³⁷⁷

O ordenamento processual civil brasileiro não ficou imune a esse movimento de renovação, tendo sido, nos últimos anos, submetido a uma profunda reforma, empreendida com o propósito essencial de alinhá-lo às principais tendências garantísticas pregadas pelo direito processual contemporâneo.

³⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 31. A obra citada sintetiza as conclusões gerais tiradas do decantado Projeto Florença acerca dos problemas relacionados ao acesso à justiça em diversos países do mundo.

³⁷⁵ Sobre as reformas processuais realizadas ao redor do mundo nos últimos anos vide: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Coord.). **The reforms of civil procedure in comparative perspective**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

³⁷⁶ Em conclusão sobre as barreiras relacionadas ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti assenta que: “os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., nota 374, p. 28.

³⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6 ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 36.

6.1.2. O movimento reformador no Brasil

Na história recente do direito brasileiro, identifica-se como primeira manifestação atribuída ao movimento reformador do sistema processual civil a edição da Lei 7.347, de 24.07.85 (Lei da Ação Civil Pública).³⁷⁸ Nada obstante a validade da assertiva, não restam dúvidas de que o marco normativo mais importante para a partida voraz do movimento de reforma processual no Brasil foi a Constituição de 1988, que realçou profundamente o compromisso do Estado brasileiro para com a efetivação do direito fundamental do acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva. Nessa linha, Cândido Rangel Dinamarco afirma que

Ao definir e explicitar muito claramente garantias e princípios voltados à *tutela constitucional do processo*, a nova Constituição tornou crítica a necessidade não só de realizar um processo capaz de produzir resultados efetivos na vida das pessoas (efetividade da tutela jurisdicional), como também de fazê-lo logo (tempestividade) e mediante soluções aceitáveis segundo o direito posto e a consciência comum da nação (justiça). Efetividade, tempestividade e justiça são os predicados essenciais sem os quais não é politicamente legítimo o sistema processual de um país.³⁷⁹

A partir desse quadro, destarte, surgem os movimentos reformadores do processo civil brasileiro, com vista à efetivação dos valores consagrados pela Constituição. Avesso a conceitualismos acadêmicos, o movimento brasileiro de reforma do processo hasteou a bandeira da efetividade, da celeridade e do processo civil de resultados, comprometendo-se intimamente com o método processualístico que privilegia o interesse dos consumidores destinatários dos serviços judiciários.

³⁷⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 29.

³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., nota 377, p. 29.

Sobrevieram pelas mãos do movimento de reforma do processo, inúmeras inovações em sede constitucional e infraconstitucional, que bem revelam a tomada de consciência do legislador brasileiro acerca de três questões fundamentais: a) a abertura do processo aos influxos metajurídicos que a ele chegam por meio do direito material; b) a transposição da cultura do processo individual para o processo coletivo; c) a modernização do sistema para torná-lo menos burocratizado e mais célere e efetivo.³⁸⁰

Em linhas gerais, pode-se dizer que o movimento reformador brasileiro, desde sua origem, persegue o desiderato de modernização do sistema processual, visando a adaptá-lo às novas exigências impostas à ordem jurídica material pela realidade social e tecnológica vigente nos dias atuais.

O movimento de reforma legislativa do sistema processual civil brasileiro operou-se, basicamente, em duas fases distintas. A primeira, iniciada (como já dito) antes mesmo da vigência da nova ordem constitucional (mais especificamente, em 1985), foi marcada pela preocupação de introduzir no sistema processual pátrio instrumentos voltados ao tratamento de conflitos de natureza coletiva. A segunda, lançada a partir de 1994, teve por mote o aperfeiçoamento e modernização do CPC, de modo a adaptar a sua estrutura e técnica aos padrões de efetividade e celeridade esperados da tutela jurisdicional de direitos nos tempos atuais.³⁸¹ Como parte desta última fase, deve ser também considerada uma vasta produção legislativa esparsa, que mexeu de forma significativa com a sistemática do processo civil brasileiro.

6.1.3. As reformas processuais introduzidas no direito brasileiro – o sistema de tutela coletiva

³⁸⁰ Ibid. p. 38.

³⁸¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., nota 378, p. 19.

No âmbito da fase do movimento reformador identificada como imanente à formulação de um arquétipo processual destinado à tutela coletiva de direitos, representam marcos importantes as diversas leis disciplinadoras das ações coletivas, a começar pela própria Lei 7.347, de 24.07.85 (LACP), que disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e aos direitos e interesses coletivos de um modo geral.

Na seqüência da LACP, veio a lume no direito positivo brasileiro uma série de leis dispondo sobre mecanismos voltados à tutela coletiva de direitos de diversos matizes substanciais,³⁸² dentre as quais merece destaque a Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor). Segundo assenta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas também, em geral, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21, da Lei 7.347/85 (...) Regulou, assim, o Código de Defesa do Consumidor, os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a da execução, passando pela coisa julgada e os seus efeitos, além da questão da litispendência e das, não menos importantes, definições conceituais pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.³⁸³

³⁸² Podem ser citadas como integrantes deste conjunto, dentre outras: a Lei 7.853, de 24.10.1989 (que dispõe sobre a proteção e apoio às pessoas portadoras de deficiências), a Lei 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei 8.429, de 02.06.1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei 8.884, de 11.06.1994 (que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica) e a Lei 10.741, de 01.10.2003 (Estatuto do Idoso).

³⁸³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 198.

As modificações legislativas relacionadas a esta primeira fase do movimento de reforma do sistema processual foram responsáveis pela criação de um subsistema processual específico, rico e sofisticado, voltado ao atendimento dos conflitos de índole coletiva, tão presentes nas relações de massa travadas na sociedade contemporânea.³⁸⁴ Este subsistema processual tem dado ao Brasil um papel de autêntica vanguarda e liderança no trato das questões ligadas à tutela coletiva, principalmente dentre os países de cultura romano-germânica, tradicionalmente ligados aos padrões e tutela individual.³⁸⁵

Apesar disso, a dinâmica inerente ao espírito reformador (utópico na busca pela máxima promoção do acesso à justiça e ávido pelo aperfeiçoamento das técnicas processuais voltadas à plena efetividade da tutela jurisdicional), continua compelindo o legislador brasileiro a manter vivo o processo de mudanças no plano positivo³⁸⁶ e inspirando os diversos setores envolvidos no movimento de reforma do processo (Governo, acadêmicos, advogados, juízes e promotores) na construção e proposição de medidas voltadas ao aprimoramento do sistema de tutelas coletivas do País.³⁸⁷

³⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., nota 378, p. 199.

³⁸⁵ A experiência em torno do sistema processual brasileiro de tutelas coletivas é bastante rica e vem servindo de inspiração para alguns países. A posição vanguardista do direito brasileiro em relação a uma série de outros países (principalmente aqueles que se ligam à família da *civil law*) fez com que fosse aprovada, no âmbito do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004, uma proposta de Anteprojeto de Código de Processo Coletivo Modelo para os países ibero-americanos, preponderantemente inspirada no sistema brasileiro de tutelas coletivas. Participaram da comissão responsável pela elaboração desse código modelo os seguintes processualistas brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

³⁸⁶ Exemplo disso é a recente Lei 11.418, de 15.01.2007, que, modificando o art. 5º da LACP, atribuiu à Defensoria Pública legitimidade ativa para propositura de ações coletivas.

³⁸⁷ Tem-se notícia de dois grupos de pesquisa que trabalham, simultaneamente, na confecção de um anteprojeto de Código de Processos Coletivos. O primeiro deles, liderado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, desenvolve-se no âmbito do Programa de Pós Graduação da Universidade de São Paulo (USP); o segundo, sob a liderança do Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, opera-se, de forma conjunta, dentro dos Programas de Pós Graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). A proposta de formulação de um diploma estruturado e sistematizado, que consolidaria toda a disciplina do processo coletivo, passa pela necessidade de aperfeiçoamento técnico dos institutos do processo coletivo e, sobretudo, de fortalecimento da consciência social e jurídica acerca da imprescindibilidade de tais mecanismos como forma de garantir um pleno e adequado acesso à justiça. Uma versão do anteprojeto elaborado pelo grupo de pesquisas instalado na USP já fora, em meados de 2007, enviada ao Ministério da Justiça, onde atualmente está sendo analisada e discutida.

6.1.4. *As reformas processuais introduzidas no direito brasileiro – as modificações do CPC*

Como já foi dito, a segunda etapa do movimento de reforma do processo civil brasileiro engloba o conjunto de esforços voltados às mudanças tidas como necessários para o diploma base da sistemática processual civil brasileira, qual seja, o Código de Processo Civil.³⁸⁸

O primeiro movimento organizado imanente a esta particular faceta da reforma processual brasileira foi capitaneado por uma comissão de notáveis processualistas, presidida pelo então Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, e composta pelos seguintes membros: Ministra Fátima Nancy Andrighi (STJ), Ministro Athos Gusmão Carneiro (STJ), Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, Prof. José Carlos Brabosa Moreira, Prof. Kazuo Watanabe, Prof. Humberto Theodoro Júnior, Prof. Celso Agrícola Barbi, Prof. Sérgio Sahione Fadel e Prof. José Eduardo Carneira Alvim.³⁸⁹

Pelas mãos desse fabuloso grupo de estudiosos veio a lume um grande número de anteprojetos de lei destinados à alteração de pontos específicos do CPC, sendo vários deles

³⁸⁸ Nas palavras do presidente da comissão, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, as diretrizes metodológicas da reforma do CPC eram: “a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) deixando de lado divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade; c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o trabalho; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaço para novos se necessário (v. g. arts. 272/273, 478/479), mas sem alterar a fisionomia do Código; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os segmentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público.” TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Efetividade do Processo e a Reforma Processual**. p. 7-8. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/393/4/Efetividade_+Processo_+Reforma.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2008.

³⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., nota 377, p. 34.

convertidos em lei entre os anos de 1994 e 1995. Dentre as alterações legislativas observadas nesse período merecem destaque especial: a) a Lei 8.952, de 13.12.1994, em especial, responsável pela introdução e consagração dos institutos da tutela antecipada (art. 273), da tutela específica para obrigações de fazer e não fazer (art. 461, §1º) e da audiência preliminar de conciliação (art. 331); b) a Lei 9.079, de 14.07.1995, que incluiu no CPC o rito especial da ação monitória (art. 1.102-A a 1.102-C); e c) a Lei 9.139, de 30.11.1995, que alterou sensivelmente a estrutura do recurso de agravo, especialmente para prever a possibilidade de sua interposição por instrumento, diretamente junto ao tribunal.

Após um significativo intervalo de hibernação (aproximadamente cinco anos),³⁹⁰ o movimento reformador veio de novo à tona com superlativa força entre os anos de 2001 e 2002. Nesse período, novas e importantes modificações foram introduzidas no CPC, sobressaindo-se, dentre elas, as seguintes produções legislativas: a) Lei 10.352, de 26.12.2001, que promoveu relevantes alterações na disciplina dos recursos e do reexame necessário (art. 475);³⁹¹ b) Lei 10.358, de 27.12.2001, portadora de inovações especialmente em matéria de prova e repressão à deslealdade no processo (art. 14, V e parágrafo único); e c) Lei 10.444, de 07.05.2002, responsável, dentre outros pontos, pela introdução, no CPC, de uma disciplina geral de tutela de evidência para situações incontroversas (art. 273, §6), pela consagração do princípio da fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar (art. 273, §7), e pela introdução da tutela jurisdicional específica para obrigação de entrega de coisa (art. 461 –A).

³⁹⁰ Durante este período a única modificação relevante no CPC foi promovida pela Lei 9.756, de 17.12.1998, que alterou significativamente a sistemática de julgamento dos processos no âmbito dos tribunais (Título IX, do Livro I do CPC). Outras alterações pontuais do CPC (acréscimos, revogações e/ou alterações) foram promovidas pelas Leis 9.280, de 30.05.1996 (art. 1.031, §§1º e 2º), 9.649, de 27.05.2008 (art. 36, §§ 1º e 2º), 9.668, de 23.06.1998 (art. 17, VII e art. 18) e 9.868 de 10.11.1999 (art. 482, §§ 1º, 2º e 3º).

³⁹¹ Quanto às inovações relacionadas ao reexame, remete-se aos comentários já feitos no Capítulo Terceiro (item 3.4.1) deste trabalho.

O último grupo de produções legislativas voltadas à alteração do CPC (e talvez o mais significativo deles) foi contemplado no sopro reformador ocorrido entre os anos de 2005 e 2008. Nele, inúmeras foram as alterações (muitas delas até mesmo de ordem estrutural) produzidas no sistema do CPC, valendo destacar: a) a Lei 11.232, de 22.12.2005, que modificou radicalmente a estrutura do CPC ao proclamar a derrogação da tradicional dicotomia entre processo de conhecimento e processo de execução, inaugurando um modelo de unidade processual, em que atividades de conhecimento e execução correspondem a meras fases de um mesmo processo; também por meio desta lei foram introduzidas importantíssimas e virtuosas inovações relacionadas à forma de liquidação e execução (*rectius*, cumprimento) das sentenças condenatórias de quantia certa (art. 475-A a 475-R); b) a Lei 11.277, de 07.02.2006, que acresceu ao CPC o art. 285-A, para prever a possibilidade de proferimento de sentenças liminares;³⁹² c) a Lei 11.280, de 16.02.2006, responsável, dentre outros pontos, pela introdução de importantes preceitos processuais direcionados a aumentar os poderes do juiz na condução e desfecho do processo,³⁹³ assim como pela novel previsão autorizadora de utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais (art. 154, parágrafo único); d) a Lei 11.382, de 06.12.2006, que modificou substancialmente a dinâmica do processo de execução dos títulos extrajudiciais (Livro II), introduzindo novos e adequados instrumentos processuais para prestação efetiva da tutela *in executivis*; e) a Lei 11.418, de 19.12.2006, que, a propósito de regulamentar o art. 102, §3º, da CRFB, modificou a disciplina do recurso extraordinário, para disciplinar a aplicação do instituto da *repercussão geral* (art. 543-A e 543-B); f) a Lei 11.441, de 04.01.2007, que possibilitou a realização de inventário, partilha,

³⁹² Eis a redação do art. 285-A do CPC: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

³⁹³ Nessa linha, o novo parágrafo único, do art. 112 (“Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”) e o novo §5º, do art. 219 (“§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”).

separação consensual e divórcio consensual pela via extrajudicial-notarial; e g) a Lei 11.672, de 08.05.2008, que estabelece o procedimento para admissão e julgamento de recursos repetitivos no âmbito do STJ (art. 543-C).

O conjunto de mudanças inseridas no corpo do CPC ao longo de quase quinze anos de marcha do movimento reformador brasileiro, foi, inequivocamente, capaz de dar ao diploma-matriz do processo tupiniquim nova feição e modelo, rompendo abruptamente com o dogmatismo principiológico e técnico que influenciaram o seu nascimento e manuseio durante três décadas. Por conta do movimento reformador, o CPC de 1973 e toda a sistemática processual civil doméstica (que dele sofre irrefutável influência), experimentou uma profunda modificação estrutural que coloca, definitivamente, o ordenamento processual brasileiro em harmonia com os anseios sociais universais de maximização do acesso e efetividade plena da tutela jurisdicional.

A tarefa de remodelação do CPC, todavia, ainda não se deu por acabada; são, ainda, aguardadas, para os próximos meses, algumas importantes mudanças que aprimorarão, ainda mais, o diploma processual civil mor do ordenamento brasileiro na busca do seu perene compromisso social de ser um instrumento técnico vocacionado e adequado à prestação efetiva da tutela jurisdicional.³⁹⁴

6.1.5. As reformas processuais introduzidas no direito brasileiro – a legislação processual extravagante

³⁹⁴ Dentre os principais projetos de lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional, podem ser citados: PL n.º 4.827/1998 (institui e disciplina o instituto da mediação no direito processual civil brasileiro); PL n.º 3.605/2004 (retira o efeito suspensivo do recurso de apelação); PLS n.º 132/2004 (comina, com prisão, a prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição, na forma do art. 14 do CPC); PLS n.º 139/2004 (disciplina a edição de súmulas pelos tribunais); PLS n.º 140/2004 (cria o mecanismo da súmula impeditiva de recurso). A lista completa de projetos de leis relacionados ao movimento de reforma do processo está disponível em <<http://www.direitoprocessual.org.br/site/>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

Finalmente, cabe tecer alguns comentários sobre as inovações e modificações inseridas na legislação extravagante que não só refletiram relevantemente na sistemática processual civil doméstica, mas também contribuíram sobremaneira para o processo evolutivo do processo civil brasileiro.

Nessa especial seara, merecem destaque várias inovações legislativas ocorridas no direito positivo brasileiro, dentre as quais vale citar: a) a Lei 9.099, de 26.07.1995, criadora dos Juizados Especiais nos estados; b) a Lei 9.307, de 23.09.1996, instituidora da disciplina geral da arbitragem no direito brasileiro; c) a Lei 9.800, de 26.05.1999, que dispõe sobre a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (especialmente fac-símile);

d) a Lei 9.868, de 10.11.1999 e a Lei 9.882, de 03.12.1999, que disciplinam, respectivamente, o exercício da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), e o procedimento afeto Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF);³⁹⁵ e) a Lei 10.259, de 12.06.2001, criadora, no âmbito da Justiça Federal, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; e f) a Lei 11.419, de 19.12.2006, que autoriza e regulamenta o uso de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, promovendo a inserção do processo civil no contexto tecnológico–digital contemporâneo.³⁹⁶

³⁹⁵ “Esses instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade (...) propiciam eficácia subjetiva universal às suas sentenças, cuja força vinculante é *erga omnes*, com indiscutível vantagem para a celeridade da prestação da tutela jurisdicional que, de outra forma, se multiplicaria por demandas pulverizadas pelos foros e tribunais do País.” ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., nota 378, p. 22.

³⁹⁶ Vale informar, que o art. 20 da lei em questão promoveu a alteração de vários dispositivos do CPC, com vistas a adaptá-lo à nova sistemática eletrônica de realização dos atos processuais.

Não poderia se olvidar, na abordagem atinente a esta faceta da reforma, da referência ao conjunto de mudanças de ordem processual operadas na CRFB,³⁹⁷ sobretudo por meio da EC 45, de 30.12.2004, que dentre outros pontos virtuosos: a) introduziu no sistema jurídico brasileiro, no âmbito do STF, o instituto da súmula vinculante (art. 103-A),³⁹⁸ particularmente relevante para preservação da segurança jurídica e para celeridade da tutela jurisdicional; e b) concedeu autonomia administrativa e financeira às Defensorias Públicas, passo fundamental para a devida estruturação da instituição e consecução do seu objetivo principal, qual seja, prestar, de forma isenta e independente dos demais Poderes, assistência jurídica gratuita e plena aos indivíduos mais pobres (art. 134, §2º).

6.2. A Fazenda Pública como parte processual e a garantia do acesso à justiça: o lançamento de uma nova perspectiva constitucional

Como por reiterada vezes vem sendo afirmado neste trabalho, a consagração e reafirmação dos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito impõem ao complexo de instituições integrantes do Poder Público o respeito absoluto a uma gama de garantias e direitos reservados pela ordem jurídica, tanto no plano constitucional quanto no plano legal.

A relação travada entre o Estado e os seus cidadãos não é mais, portanto, uma relação entre soberano e súdito (como observado em períodos históricos pretéritos, principalmente naqueles marcados por regimes estatais absolutistas), sendo reservado ao particular no atual

³⁹⁷ Está em trâmite no Congresso Nacional a PEC 358/2005, de autoria do Senado Federal. A PEC reúne inúmeros pontos remanescentes da primeira fase da Reforma do Judiciário, que não foram objeto de consenso em ambas as Casas do Congresso Nacional quando da promulgação da EC ° 45, de 08.12.2004. O teor e andamento da proposta referida podem ser obtidos no endereço <<http://www.camara.gov.br/Sileg/default.asp>>. Acesso em: 30 jan. 2008.

³⁹⁸ A Lei 11.417, de 19.12.2006, regulamentou o instituto, disciplinando a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

contexto democrático o direito de exigir do Poder Público o pleno respeito ao seu “patrimônio jurídico”.³⁹⁹

Nesse sentido, pronuncia-se com absoluta pertinência Gustavo Binzenbojm:

A grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeadas pelos ideais humanistas, posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo, a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas idéias de dignidade da pessoa humana e de Estado democrático de direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal. (...) O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.⁴⁰⁰

A formulação e interpretação das normas direcionadas à atuação da Fazenda Pública em juízo devem estar, portanto, em consonância com essas novas diretrizes axiológicas, estabelecidas pela Carta-Cidadã de 1988 como pressupostos imprescindíveis à realização dos fins almejados pelo Estado Democrático de Direito.⁴⁰¹

³⁹⁹ GRECO, Leonardo. **O acesso ao direito e à justiça**. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 201.

⁴⁰⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.103-104.

⁴⁰¹ “Cuida-se, em suma, de uma constitucionalização do conceito de interesse público, que fere de morte a idéia de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o privado. Qualquer juízo de prevalência deve ser sempre reconduzido ao sistema constitucional, necessariamente dútil e plural, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.” Ibid., p. 109.

Partindo dessa perspectiva, todo sistema de prerrogativas (materiais e processuais) existente em prol da Fazenda Pública, justificado por remissão ao antiquado princípio geral de supremacia do direito público (*rectius*, do estado) sobre o particular, merece ser repensado pelos legisladores, tribunais e intérpretes do direito pátrio.

Nesse tom, toda a disciplina normativa relacionada à atuação processual do Estado deve ser submetida a uma acurada análise ponderativa orientada pelos três postulados da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com base neles, apenas poderá ser tida como legítima (e, portanto, constitucional) a restrição imposta aos interesses postos em jogo na relação jurídico-processual travada entre Estado e particular, na medida em que: a) mostrar-se apta a garantir a manutenção do interesse ou direito público invocado (adequação); b) não houver possibilidade de adoção de solução menos gravosa ao interesse ou ao direito da parte privada (necessidade); e c) o benefício público obtido com a restrição compensar o grau de sacrifício imposto ao direito ou interesse da parte privada (proporcionalidade em sentido estrito).⁴⁰²

Como consequência dessa análise, torna-se fundamental que, no âmbito do movimento de reforma processual atualmente vivido no País, sejam elaboradas e aprovadas propostas legislativas tendentes à eliminação de várias prerrogativas processuais estatais ilegítimas hoje vigentes, responsáveis por alguns dos mais relevantes óbices ao pleno gozo das garantias fundamentais do acesso à justiça e da tutela jurisdicional efetiva.

Além disso, para que os objetivos da reforma sejam plenamente alcançados, é preciso que os profissionais responsáveis pela assistência jurídica e defesa do Estado em juízo (procuradores e advogados) incorporem essa nova cultura jurídica garantística, fundada, prioritariamente, na tutela jurídica do cidadão. A atuação da Advocacia Pública não deve se

⁴⁰² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 96.

restringir ao simples trabalho de representação e defesa dos interesses fazendários imediatos (*rectius*, secundários); a ordem jurídica brasileira reserva a ela um papel muito mais nobre e relevante dentro da estrutura estatal, em especial no que se refere ao controle prévio de legitimidade dos atos estatais (controle interno) e à contenção de litígios públicos cuja chance de êxito para a Fazenda seja remota.⁴⁰³ Ambos os papéis, se intensificados, contribuiriam sobremaneira para cumprimento das metas impostas pela garantia do acesso à ordem jurídica justa, na medida em que inibiriam comportamentos estatais tendentes a malferir direitos subjetivos de particulares (atuando, portanto, no plano da prevenção do litígio) e concorreriam para redução do volume vertiginoso de processos a cargo do Poder Judiciário.⁴⁰⁴

6.3. Ampliação do acesso à tutela jurisdicional de direitos decorrentes de relações travadas com o Poder Público: a questão dos Juizados Especiais

A admissão perante os juizados representa ponto importante a ser atacado no movimento de reforma proposto. Conforme enfatiza Cândido Rangel Dinamarco

Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não-jurisdicionalizáveis (universalizar a tutela jurisdicional!) e em que o processo

⁴⁰³ No âmbito federal, o art. 4º, XII, da Lei Complementar 73, de 10.02.1993, outorga, ao Advogado Geral da União, a competência para edição de enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais; a súmula administrativa tem caráter obrigatório e vinculante quanto a todos os órgãos que compõem a AGU (art. 43). Com análoga finalidade, o mesmo diploma legal, em seu art. 40, §1º, atribui ao parecer do Advogado Geral da União, desde que aprovado pelo Presidente da República, efeito vinculante a toda Administração Federal.

⁴⁰⁴ O Poder Público pátrio demonstra ter consciência da necessidade de intensificação do papel do autocontrole na prevenção e contenção de litígios, tanto que no *Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*, firmado pelos presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2004, ficou definido como um dos compromissos o de estabelecer “coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas.” Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

seja capaz de outorgar a todo aquele que tem razão toda a tutela jurisdicional a que tem direito.⁴⁰⁵

Como sabido, a administração das pequenas causas sempre foi tema latente entre aqueles que estão atentos aos influxos relacionados ao acesso à justiça. O problema, nessa sede, tem ligação direta com a situação de penúria e escassez de recursos afeta ao titular do direito a ser tutelado na esfera judicial, situação essa que aflige parcela muito expressiva da população, sobretudo em países como o Brasil, onde a abrupta desigualdade econômica constitui mazela social das mais odiosas.

Por outro lado, igualmente relevante para a configuração do problema é a resultante da equação econômica responsável pela avaliação do custo-benefício da demanda a ser proposta. Isso porque, o titular do direito de menor vulto financeiro vê-se, na maioria das vezes, aliado do seu direito de acesso aos tribunais, haja vista que, na prática, a ação judicial pouco ou nenhum proveito econômico lhe traz (pode, ao contrário, até mesmo representar prejuízo).

A instituição dos juizados especiais, primeiro no âmbito dos Estados (Lei 9.099, de 26.07.1995) e depois na esfera federal (Lei 10.259, de 02.06.2001) representou poderosa ferramenta para corrigir essa distorção do sistema processual brasileiro, uma vez que possibilitou o acesso à ordem judicial a custos financeiros módicos, eliminando vários dos empecilhos de ordem econômica que militavam em desfavor dos mais pobres e dos dissuadidos a formular pretensões em juízo face ao inexpressivo conteúdo econômico de seus direitos.

Como já foi dito em passagem anterior deste trabalho (Capítulo II, item 2.3.4), ao menos nas esferas estadual e municipal, ainda é impossível litigar em face da Fazenda Pública em uma corte adaptada às causas de pequeno valor, o que representa lastimável fator de

⁴⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., nota 377, p. 37.

desestímulo à litigância e, por consequência, de frustração ao primado da plena e efetiva proteção do patrimônio jurídico do indivíduo.

Existia em curso no Congresso Nacional certo projeto de lei que, dentre outros pontos, propunha a ampliação da competência dos JEC's, possibilitando a eles o processamento e julgamento também das causas em que figuram como partes a Fazenda Pública estadual e/ou municipal (PLC n.º 6.910/2002).⁴⁰⁶ A proposta, contudo, seguindo o voto condutor do seu relator (Deputado Sérgio Miranda), foi, em novembro de 2005, rejeitada, com base no seguinte argumento:

O PL n.º 6.910/02 propõe que a Fazenda Pública, estadual ou municipal, possa ser ré, no processo instituído perante os juizados especiais cíveis. Contudo, o caráter especializado dessas lides torna mais conveniente a sua permanência no âmbito, respectivamente, da Justiça do Trabalho e das Varas da Fazenda Pública. Ademais, a medida legislativa alvitrada não se coadunaria com os princípios da simplicidade e informalidade que informam os juizados. De outra sorte, estas medidas também contribuiriam para afogar os juizados, em prejuízo da esperada e preconizada celeridade.⁴⁰⁷

O que se depreende das entrelinhas do trecho colacionado é que a rejeição visa a atender, na verdade, interesses políticos secundários, preocupados com o desfalque financeiro às contas públicas, a ser experimentado com a abertura da via jurisdicional dos juizados à potencial e expressiva carga de litígios envolvendo os estados e municípios, que hoje, em boa parte dos casos, acaba por permanecer em zona límbica, à margem de qualquer forma de tutela jurídica.⁴⁰⁸ A preocupação, muito embora relevante na seara do discurso político-partidário de índole governista, não merece prosperar, porquanto o primado fundamental do

⁴⁰⁶ Apenso ao PL n.º 6.954/2002. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

⁴⁰⁷ Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

⁴⁰⁸ Basta pensar na quantidade de pretensões, hoje contidas em função dos custos que envolvem a instauração do processo judicial, relacionadas, por exemplo, a multas de trânsito, instituição ou majoração indevida de tributos e autuações administrativas de pequena monta.

acesso à justiça não poder ser amesquinhado e deixado à mercê de meros interesses secundários financeiros do Estado.

Outrossim, ao contrário do que pensam os mais açodados e ávidos pela defesa imediatista da manutenção dos privilégios processuais fazendários, que militam contra o direito amplo de acesso aos tribunais, o maior potencial de judicialização dos conflitos envolvendo a Fazenda Pública estadual e municipal, no que tange às pequenas causas, traria o efeito colateral benéfico de qualificar a atuação dos agentes públicos, assim como de aprimorar as ferramentas de autocontrole estatal, reduzindo substancialmente a insegurança e desconfiança que boa parte da sociedade possui em relação aos atos praticados pelo Poder Público. Isto porque, seria sensivelmente intensificado o grau de controle que o Poder Judiciário, sob provocação, exerce sobre a atividade dos demais Poderes (em especial o Executivo), porquanto se esperar que a sociedade, com a abertura da via jurisdicional dos JEC's estaduais, participe de forma mais intensa e rotineira (ainda que de forma incidental à defesa de seus próprios interesses individuais em juízo) da fiscalização dos atos emanados pelo Poder Público.

6.4. A eliminação das prerrogativas processuais da Fazenda Pública

A celeuma relacionada à suposta inconstitucionalidade de algumas das normas instituidoras de privilégios processuais em favor da Fazenda Pública, como já abordado, passa, sobretudo, pela imputação de malferimento do princípio processual da paridade de armas (ou da igualdade no processo), intimamente vinculado à garantia pétrea do devido processo legal. Como bem discorre Leonardo Greco,

As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa (...) A igualdade

concreta também se aplica quando uma das partes é o Estado, sob pena de privar o particular da garantia da tutela jurisdicional efetiva. Os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública somente são legítimos na medida em que se fazem necessários para que o Estado possa exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante. De nenhum modo são toleráveis para dar ao Estado posição de vantagem ou para dificultar ou retardar o acesso à Justiça do cidadão ou eximir o Estado do cumprimento de seus deveres.⁴⁰⁹

Somado ao evidente privilégio que representam algumas das prerrogativas processuais estatais vigentes, a condição de *litigante habitual* (imputada à Fazenda Pública na maioria dos casos), em contrapartida à condição dos chamados *litigantes eventuais*⁴¹⁰ (classe na qual está inserida a maioria dos particulares que litigam em face do Poder Público), concede ao Estado um sem-número de vantagens em termos de condução e resultados processuais, agravando ainda mais o cenário de desigualdade de armas no processo.

A principiologia na qual se funda o Estado Democrático de Direito, extremamente comprometida com o primado da dignidade da pessoa humana e com a garantia da tutela judicial efetiva, não tolera a permanência dessas iniquidades e reclama, urgentemente, no que tange aos processos que contam com a participação de entes públicos, a existência de um equilíbrio de forças tal que o Estado não detenha posição privilegiada sobre o particular.⁴¹¹

Como se isso não bastasse, pode ser atribuída, em parte, ao famigerado sistema de privilégios processuais, a responsabilidade pela demora excessiva da prestação jurisdicional nas demandas contra a Fazenda Pública.

A tempestividade da tutela jurisdicional e a razoabilidade do tempo de duração do processo representam, inequivocamente, vertentes garantísticas da efetividade do processo,

⁴⁰⁹ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. In Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 254.

⁴¹⁰ A distinção e terminologia foram inicialmente utilizadas pelo Professor Marc Galanter, citado por Mauro Cappelletti em sua célebre obra. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Op. cit., nota 374, p. 25-26.

⁴¹¹ Nesse sentido, BROSS, Siegfried. Op. cit., nota 373, p. 17.

merecedoras de consignação expressa no rol de garantias individuais previstas no art. 5º da CRFB (inciso LXXVIII).⁴¹² Em função disso, não mais se tolera que a demora advinda do processo se perpetue como fator de iniquidade, injustiça e insatisfação com relação à tutela estatal. O valor celeridade constitui, portanto, verdadeira garantia do indivíduo face ao Estado e deve, igualmente, orientar a empreitada reformadora no que toca ao particular aspecto processual abordado neste trabalho.

Alguns projetos de lei, hoje em tramitação no Congresso Nacional, procuram enfrentar a problemática das prerrogativas, propondo, por exemplo, a revogação dos prazos diferenciados da Fazenda⁴¹³ e a derrogação do regime especial de sucumbência, no que tange aos valores arbitrados a título de honorários advocatícios (art. 20, §3º, do CPC).⁴¹⁴

Todavia, a mão forte que conduziu toda a empreitada reformadora processual não parece estar presente quando o assunto da pauta se relaciona à abolição das prerrogativas processuais do Estado. Pelo contrário, concorrentemente ao conjunto de reformas que prezaram pela maximização do acesso à justiça e pela modernização do processo civil, o sistema brasileiro, salvo raríssimas exceções,⁴¹⁵ vem experimentando, nos últimos anos, um

⁴¹² Inserido pela Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004. Na verdade, antes mesmos da previsão expressa da garantia do tempo razoável de duração do processo no texto constitucional a doutrina já era assente em reconhecer que a mesma sempre esteve inserta na cláusula que dispõe sobre o direito de acesso adequado à justiça (5º, XXXV), que, como sempre se pregou, tem por requisito elementar a tempestividade da tutela jurisdicional. Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969), da qual o Brasil é signatário, já previa expressamente tal garantia, em seu artigo 8º: “Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁴¹³ PLC 61/2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/default.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

⁴¹⁴ PLC 13/2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/default.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

⁴¹⁵ Tal como a mudança promovida pela Lei 10.352, de 26.12.2001, que impôs o piso de sessenta salários mínimos para deflagrar a disciplina do reexame necessário das sentenças contrárias à Fazenda (art. 475, §2º, do CPC) e dispensou da remessa necessária a sentença “fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” (art. 475, § 3º, do CPC).

aumento significativo do arquétipo de prerrogativas processuais fazendárias, sendo responsável pela maior parte delas a Lei 9.484, de 10.09.1997 e, principalmente, a famigerada Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001 (que promoveu uma série de modificações na lei citada).⁴¹⁶

Lamentavelmente, quando a proposta de melhoria do acesso à justiça e dos instrumentos de processo implica em um “corte na própria carne”, o Poder Legislativo brasileiro tem se amesquinhado e se colocado à mercê de interesses político-governistas passageiros, deixando de lado o implemento do verdadeiro e mais importante projeto político do Estado de Direito, que é o de completo respeito aos valores contidos na sua ordem jurídico-constitucional, dentre os quais destacam-se acentuadamente os vinculados ao processo justo, assim entendido como aquele pautado na efetividade, na isonomia e na celeridade.

6.5. A urgência na modificação do regime de execução contra a Fazenda Pública

A execução de créditos contra a Fazenda Pública representa um dos capítulos mais desabonadores do direito processual brasileiro e a seu respeito o acúmulo de críticas é praticamente incontável.⁴¹⁷ Como bem assevera Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva

A execução contra a Fazenda Pública sempre foi considerada no direito brasileiro ponto de estrangulamento da efetividade da jurisdição frente à Administração Pública, sendo o regime constitucional do precatório, dada a sua intrínseca natureza voluntária, instituto capaz de romper

⁴¹⁶ Sem adentrar ao mérito da discussão existente antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, envolvendo a possibilidade de modificação da legislação processual por medidas provisórias, fato é que, com o advento da Emenda citada (que promoveu, através de seu art. 2º, a chamada estabilização das medidas provisórias), a norma em questão (Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001) já vige “sossegada” há um quarto de década, sem qualquer ameaça de exclusão do cenário processual normativo.

⁴¹⁷ O próprio Poder Público reconhece a falha do sistema, sendo um dos compromissos firmados no já citado *Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*, justamente, o de criar sistemática mais efetiva e célere para o pagamento de precatórios.

com o princípio do Estado de Direito, se aplicado abstratamente e em descompasso com o princípio da proporcionalidade.⁴¹⁸

Nesse cenário, a efetividade da jurisdição, na sua vertente relacionada à concretização material de suas deliberações, praticamente inexistente, mercê que fica da ação voluntária e descomprometida dos Poderes Executivo e Legislativo quando, respectivamente, formulam e aprovam os orçamentos estatais. A sistemática de pagamento (por precatório) disposta no art. 100 da CRFB, muito mais que um privilégio, estabelece uma inaceitável imunidade do Estado ao cumprimento das condenações pecuniárias que lhes são impostas pelo Judiciário, uma vez que não é prescrita pela ordem jurídica vigente (à exceção da já mencionada medida interventiva, que poucas vezes na história do Brasil pós-1988 foi cogitada para este fim específico) qualquer sanção ou consequência pela desobediência do pagamento no prazo estipulado pela CRFB (art. 100, § 1º).

A solução para o problema observado nesta sede passa, necessariamente, por uma reforma normativa a ser sentida tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional. No plano constitucional urge como fundamental a modificação do art. 100, da CRFB, com vistas à adoção de um sistema de contingenciamento de despesas e pagamentos, análogo ao estabelecido para as RPV's, para créditos de todo e qualquer montante e natureza. Nessa linha, bem já observou Leonardo Greco que

Se atentarmos para a técnica de elaboração do orçamento das pessoas jurídicas de direito público facilmente verificaremos que o que ocorre com as condenações judiciais é uma verdadeira discriminação. Com efeito, todas as verbas são incluídas no orçamento por mera previsão de despesa, exceto as destinadas ao pagamento de condenações judiciais (...) O que me pareceria justo seria aplicar essa mesma técnica aos débitos oriundos de condenações judiciais, ou seja, mediante uma previsão de despesa feita no momento da elaboração da proposta orçamentária e da votação pelo Legislativo, dispor o Erário, em cada ano, de dotações específicas para ir

⁴¹⁸ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Princípio da isonomia e a Administração Pública em juízo. A realidade brasileira. Aspectos jurídicos.** In Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 169, p. 7-12, jan./mar. 2006. p. 9-10.

pagando os débitos judiciais, na medida em que fossem transitando em julgado as sentenças condenatórias proferidas contra a Fazenda.⁴¹⁹

A proposta apresentada pelo ilustre processualista fluminense, o qual tivemos a honra de conviver durante o período do mestrado, reflete, basicamente, a sistemática já vigente em alguns dos principais ordenamentos europeus, como, por exemplo, o português (visto em detalhes no Capítulo V desta dissertação).

A impenhorabilidade dos bens públicos representa outro ponto nodal a ser enfrentado pela reforma que ora se propõe. Isso porque, é assente na doutrina brasileira que a marca da indisponibilidade, afeta aos bens públicos de todas as espécies (incluindo os dominicais), afasta a possibilidade de os mesmos serem objeto de penhora. Muito embora não exista regra constitucional expressa a respeito, infere-se da sistemática própria de pagamento via precatório prevista no art. 100 da CRFB uma vedação constitucional implícita à execução forçada contra a Fazenda Pública no Direito Brasileiro, que seria reforçada e convalidada pelas disposições procedimentais executivas específicas dispostas nos artigos 730 e 731 do CPC.⁴²⁰

Nada obstante a respeitabilidade e solidez do argumento na cultura jurídica publicista brasileira, parece-nos que o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos (em especial, os dominicais) não encontra seu alicerce na Carta Constitucional. A garantia constitucional da efetividade da jurisdição como meio de realização de direitos em face da Administração Pública, atrelada que é à noção de direito fundamental, somente pode ser tolhida em prol de um valor supremo e excepcional, como ocorre, por exemplo, nos casos em que a

⁴¹⁹ GRECO, Leonardo. **A crise do processo de execução**. In Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 69.

⁴²⁰ Nesse sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 573; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 834-835; e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 517.

penhorabilidade de determinado bem comprometer a continuidade de serviço público essencial à coletividade.

Da mesma maneira, não é possível conceber, sob o aspecto hermenêutico, que as normas especiais dispostas nos artigos 730 e 731 do CPC sejam aptas a, *per si*, estabelecerem a vedação de penhorabilidade dos bens públicos: os artigos citados prestam-se apenas a regular aspectos puramente procedimentais ligados à defesa da Fazenda em sede executiva (embargos), à forma de requisição do pagamento do crédito executado, e ao sancionamento em caso de descumprimento da ordem de preferência. Por óbvio, o procedimento especial previsto pelos artigos citados é privilegiado em relação ao regime executivo geral previsto pelo CPC e deve, portanto, ser observado em se tratando de execução por quantia contra a Fazenda Pública; isso, por si só, todavia, não autoriza o intérprete a atribuir aos dispositivos processuais citados a guarida normativa para o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos.

De toda forma, ainda que ausente o fundamento normativo para a vedação de penhorabilidade dos bens dominicais, seria de todo interessante o surgimento de um marco legislativo voltado à eliminação completa desse anacrônico dogma, visceralmente incutido na cultura e no pensamento jurídico brasileiro. Nessa linha, existe hoje em tramitação no Senado Federal o PL 61/2003,⁴²¹ que propõe, dentre outros pontos, tornar possível a apreensão de dinheiro para pagamento ou a penhora de bens dominicais da entidade devedora, caso a requisição judicial para inscrição e pagamento do crédito executado não seja atendida no prazo.⁴²² O PL está em simetria com o tratamento que a matéria recebe em alguns dos

⁴²¹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/default.asp>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

⁴²² Vale observar que a disposição foi inserida no PL por sugestão do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e ainda não foi formalmente a ele incorporada.

principais ordenamentos jurídicos do globo, dentre eles os que foram neste trabalho objeto de abordagem especial: o espanhol e o português.⁴²³

Outra inovação legislativa que se revela bastante interessante, no plano de uma eventual reforma do processo de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública (e que, talvez, seja a menos dispendiosa e de mais fácil aceitação nas Casas Legislativas), é a previsão autorizativa genérica de compensação do crédito consignado na sentença condenatória com eventuais débitos que o exequente possua junto à entidade pública executada.⁴²⁴

Também sob inspiração dos ordenamentos alienígenas vistos no Capítulo V desta dissertação, a reforma a ser instaurada nesta sede deverá ter por alvo, igualmente, o fortalecimento do arquétipo de medidas processuais direcionadas à plena identificação e punição, na esfera civil e penal, dos agentes públicos que, por descumprirem determinações judiciais ou faltarem com dever legal expreso, causarem embaraços ao processo executivo. De boa valia seria, ademais, à luz da experiência espanhola, a definição e disciplinamento de meios executivos de sub-rogação e intervenção judicial diferenciados, voltados a atuar nos casos em que as medidas coercitivas sancionatórias não surtirem os efeitos práticos almejados.

6.6. Da necessidade de disciplinamento processual específico e adequado

Não restam dúvidas, contemporaneamente, de que o valor efetividade fora alçado ao status de princípio processual a nortear as condutas de todos os operadores do direito. O art.

⁴²³ Além de Portugal e Espanha, Leonardo Greco faz referência à permissividade de penhora de bens públicos dominicais também nos ordenamentos italiano e argentino. GRECO, Leonardo. Op. cit., nota 419, p. 70.

⁴²⁴ Essa medida já é posta em prática, em boa medida, através de uma série de leis específicas editadas pelos entes federados (União, estados e municípios), com base no art. 170 do Código Tributário Nacional.

5, XXXV, da CRFB, que consagra, como garantia constitucional pétrea, o direito de acesso à justiça (princípio da inafastabilidade), garante ao cidadão, que afirma a titularidade de determinado direito que fora desrespeitado, a disponibilidade de medidas e instrumentos aptos e necessários para, efetiva, adequada e tempestivamente, tutelar judicialmente a situação conflituosa apresentada ao Estado-Juiz.

Justamente por essa razão é que o processo deve representar um instrumento adequado ao atendimento, dentro do possível, de todos os direitos e demais posições jurídicas de vantagem previstos pelo ordenamento material e ser dotado, ainda, de aptidão para assegurar à parte vitoriosa, com um mínimo dispêndio de tempo, energia e recurso, um resultado que lhe permita “o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento.”⁴²⁵

Como bem escreve Luiz Guilherme Marinoni,

Se o Estado proibiu a autotutela privada é correto afirmar que ele está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesse (...) o jurisdicionado não tem apenas direito à resposta jurisdicional, mas sim direito a tutela jurisdicional efetiva (...) o direito ao devido processo legal não quer dizer apenas direito ao processo que observa os vários princípios constitucionais comumente apontados pela doutrina (...); direito ao devido processo legal significa, também, direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material.⁴²⁶

Nessa linha, é possível afirmar que recai sobre o Estado o dever de construir meios não ordinários (procedimentos diferentes do ordinário) para tratar determinados direitos materiais que merecem tutelas peculiares.

A assertiva encontra total enquadramento quando do estudo e verificação das peculiaridades que envolvem os direitos emergentes das relações jurídicas materiais travadas com o Poder Público. Como já dito por reiteradas vezes ao longo deste trabalho, os direitos

⁴²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**. In: **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28.

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 156-159.

emergentes destas relações possuem matizes próprios, resultado da incidência do regime jurídico que lhes é afeto: o de direito público.

Nessa linha, é de fundamental importância para o gozo pleno da garantia de efetividade do processo que o direito processual preveja um sistema adequado para tutela dos direitos emergentes das relações travadas com o Poder Público. Para tal, imprescindível se afigura a existência de uma disciplina jurídico-processual própria, que seja estruturada e sistematizada (*rectius*, codificada) levando em conta tanto a pretensão do cidadão à tutela de seus direitos subjetivos quanto as peculiaridades que tocam o atuar dos entes administrativos de direito público.⁴²⁷

Além disso, os reclames por segurança e estabilidade jurídica impõem que o processo e a tutela jurisdicional inerente a certas espécies de atos estatais sejam pensados e estruturados de forma mais racional e condizente com as suas especificidades ontológicas. Carece o sistema brasileiro, dentre outras coisas, de uma disciplina normativa voltada ao tratamento dos processos que tenham por objeto a injuridicidade de normas editadas pela Administração no exercício do seu poder regulamentar (processo de características tipicamente objetiva), assim como de um regramento específico para tratar das ações que tenham por objeto a impugnação de atos ou omissões administrativas de dimensão coletiva.

O desarticulado sistema processual brasileiro afeto aos litígios envolvendo a Fazenda Pública, por todas as deficiências e iniquidades apontadas ao longo deste trabalho, merece, portanto, ser revisto pelo movimento reformador em voga, de modo que melhor se coadune com os basilares princípios constitucionais relacionados à efetividade do processo.

⁴²⁷ Esta é a proposta de Cássio Scarpinella Bueno, que, em estudo desenvolvido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), assenta que: “Evidencia-se a importância e a necessidade de todo um trabalho que está por se fazer, justamente a tarefa de sistematizar o direito processual público ou, quando menos, identificar traços comuns em diversas situações de direito material que reclamam um processo ‘civil’ pensado diferentemente, levando em conta outros valores de direito material geneticamente distintos daqueles que caracterizam as relações de direito material privado.” **A emergência do direito processual público.** In: SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 42.

Para tal, poderiam os agentes reformadores contar com a experiência e inspiração de outros ordenamentos jurídicos do globo (tal como o português), nos quais a codificação processual especial tem sido pensada e estruturada com o objetivo garantístico de alcançar resultados significativos e efetivos em favor do pleno acesso à justiça no que tange às demandas envolvendo o Poder Público.

CONCLUSÃO

Da análise que foi proporcionada pelo presente trabalho podem ser retiradas algumas conclusões.

Inicialmente, vale destacar que consolida-se no direito constitucional contemporâneo a idéia de que o acesso à justiça pelo cidadão constitui um direito fundamental a ser protegido pelo Estado. Com base neste preceito fundamental, os estudiosos do direito têm revelado uma constante preocupação com o direito do cidadão de buscar, junto ao Estado-Juiz, a solução tempestiva e efetiva de eventuais conflitos de interesse nos quais esteja envolvido.

Indissociável da idéia de acesso à justiça, a efetividade da prestação jurisdicional representa, nesse contexto, uma garantia fundamental do cidadão e vem sendo, como tal, consagrada no corpo de todas as Constituições democráticas contemporâneas. Ao lado dela, a garantia de tempestividade da tutela jurisdicional e de isonomia de tratamento processual (princípio da paridade de armas) também tem merecido destaque especial no conjunto de valores que compõem o conceito de acesso à justiça.

A partir dessa perspectiva colocou-se a análise investigativa envidada por este trabalho, direcionada, em particular, a um dos aspectos processuais mais recorrentes e obstativos à plena consecução dos valores consagrados pela cláusula garantística do acesso à justiça: a presença do Poder Público em juízo.

Como foi visto ao longo do trabalho, os problemas decorrentes desta faceta processual peculiar podem ser atribuídos a vários fatores, dentre os quais, merece destaque a vetusta cultura jurídico-publicista vigente no direito brasileiro, a valorizar dogmas absolutamente superados e derogados pelos atuais influxos valorativos vinculados ao Estado Democrático de Direito, de cunho absolutamente garantístico e humanístico. Nessa linha, princípios como o da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos bens e interesses geridos pelo Estado, merecem ser submetidos ao filtro axiológico constitucional

contemporâneo, com vistas a eliminar do sistema jurídico pátrio as impurezas autoritárias e repressivas reminiscentes de períodos históricos pretéritos.

No que tange ao sistema processual, a influência dessa cultura jurídica publicística é a responsável pelo estabelecimento de um sem-número de prerrogativas processuais que acabam por criar um regime próprio para as causas envolvendo a Fazenda. Tal regime, excessivamente destinado a privilegiar a atuação do Estado frente à do particular no processo, é estruturado ao sabor de alguns meros interesses estatais secundários, que, na maioria das vezes, se contrapõem, de forma desproporcional, a direitos e garantias individuais consagradas pela Constituição, tais como aquelas relacionadas ao tempo de duração dos processos, ao devido processo e à tutela jurisdicional efetiva.

O cenário contemporâneo das lides envolvendo a Fazenda, cuja feição é dada pelas diversas prerrogativas existentes, revela alguns pontos críticos, que representam verdadeiros dificultadores do lícito direito de acesso à justiça. Como exemplo do que se afirma podem ser citados: a) o famigerado microssistema de tutelas de emergência contra a Fazenda Pública; b) o regime de execução por precatório, carecedor de efetividade nos casos em que a entidade devedora não se dispõe a pagar a dívida na qual foi condenada; c) a diferenciação de prazos processuais, a ensejar evidente afronta ao princípio da isonomia processual; d) o peculiar e retrógrado sistema de comunicação pessoal de atos processuais, a causar extremo retardo ao andamento do processo; e) o questionável reexame necessário.

Esse subsistema processual aplicável às causas envolvendo o Poder Público foi construído, ao longo da história brasileira, de forma absolutamente descoordenada e desarticulada, sendo resultado de manifestações legislativas completamente dispersas sob o aspecto cronológico e sistêmico. Tal carácter marcante torna a compreensão e aplicação desse subsistema um extremo complicador capaz de gerar uma série de dúvidas e discussões

interpretativas processuais, tanto na doutrina quanto nos tribunais, que acabam por retardar o desiderato supremo do processo: a tutela do direito material.

De posse dessa realidade, o presente trabalho procurou demonstrar o quão necessário e urgente se afigura a instauração de um movimento vigoroso de reforma legislativa no que toca ao regime processual envolvendo as lides públicas.

Para tal, buscou-se conhecer alguns dos principais ordenamentos jurídicos do globo na tentativa de extrair deles algumas experiências virtuosas que poderiam servir de exemplo e motivação para um futuro movimento de reforma do sistema processual brasileiro neste particular. Observou-se, ademais, reformas processuais importantes, no que tange ao tratamento dos litígios públicos, que foram realizadas, nos últimos anos, por dois dos principais ordenamentos jurídicos europeus: o português e o espanhol. A análise realizada constatou, dentre outros pontos, que os movimentos reformadores de tais países foram fortemente inspirados pelos valores garantísticos supremos relacionados ao acesso à justiça, tais como efetividade, isonomia, independência do órgão julgador e celeridade, que vêm sendo fortemente reafirmados no contexto comunitário europeu atual, sobretudo pela atuação contundente da Corte Européia dos Direitos do Homem.

Tais valores garantísticos, que hoje vêm inspirando movimentos reformadores do processo ao redor de todo o globo, também foram fortemente sentidos em terras brasileiros, sobretudo com o advento da Constituição de 1988, que outorgou ao cidadão uma série de garantias de índole processual e desencadeou a necessidade de criação de um movimento de reforma processual civil, com vistas a concretizá-las no dia-a-dia do foro.

Foi por conta disso que, nos últimos 15 anos, assistiu-se à aprovação de uma gama de normas processuais voltadas a fortalecer e adaptar o sistema processual à prestação de tutela exigida pelos cânones constitucionais e pelas particularidades dos tempos atuais. O movimento de reforma do processo civil brasileiro tem sido bastante voraz e efetivo, e as

mudanças realizadas vêm trazendo resultados práticos importantes no campo da tutela jurisdicional e da concretização das garantias processuais previstas na Constituição.

Contudo, no que toca particularmente às normas regentes das relações processuais em que o Estado se vê como parte, as mudanças reclamadas pelos novos paradigmas processuais garantísticos ainda não foram sentidas efetivamente, pelo que, nesta seara, a produção legal inserida no movimento de reforma do processo ainda é pífia. Pior que isso; parece-nos que, nos últimos tempos, houve até um certo retrocesso no que toca à matéria, com a edição de algumas normas manifestamente voltadas ao fortalecimento das prerrogativas processuais da Fazenda, como, por exemplo as Leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97, e a Medida Provisória nº 2.180/2001.

É fundamental, portanto, que, no âmbito do movimento de reforma processual atualmente vivido no País, sejam elaboradas e aprovadas novas propostas voltadas à eliminação ou mitigação dos problemas ocasionados à plena efetivação das garantias processuais naquelas demandas em que a Fazenda Pública atue como sujeito processual.

No plano da execução, por exemplo, considerada, no direito brasileiro, ponto de estrangulamento da efetividade da jurisdição frente à Administração Pública, dada a sua intrínseca natureza voluntária, urge como necessárias várias mudanças substanciais visando a conferir à jurisdição instrumentos mais eficazes para fazer valer a coercibilidade de suas manifestações.

Também existe certa defasagem em relação aos juizados especiais estaduais, no que tange às demandas que envolvem entes estaduais e municipais. A ampliação da competência dos juizados dos Estados para conhecer de demandas contra o Poder Público possibilitaria, a um só tempo, o acesso pleno à justiça aos menos afortunados e a ampliação do grau de litigiosidade das causas de pequeno valor contra o Poder Público, que, muitas das vezes,

deixam de ser propostas por não apresentarem um custo-benefício favorável ao titular do direito lesado.

A resolução para todos esses problemas passa pela necessidade de aprimoramento das ferramentas processuais existentes para tratamento destas causas de interesses públicos e exige uma proposta mais audaciosa e profunda de sistematização de um regime jurídico processual especial que tenha em vista, de um lado, a pretensão do cidadão à tutela de seus direitos e, de outro, a manutenção da capacidade de funcionamento da Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Mário Aroso de. **Pretensões dedutíveis e poderes de pronúncia dos juízes no novo regime da justiça administrativa em Portugal**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 43-51, jul./set. 2006.

ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Comentário ao código de processo nos tribunais administrativos**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito Processual Civil**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa**. 8 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo. **Assistência e intervenção da União**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 4 ed. São Paulo: RT, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Breves Reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado**. Revista de Direito Administrativo, n. 211, p. 65-78, jan./set. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BREDOW, Lippold Freiherr von. **Direito processual administrativo no contexto europeu – tutela administrativa sob influência do direito internacional público e supranacional.** Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 5-12, out./dez. 2004.

BROSS, Siegfried. **Tutela judicial efetiva no sistema multinível e as prerrogativas da Administração.** Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 13-17, out./dez. 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O poder público em juízo.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Lições de direito processual civil**, v. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Lições de direito processual civil**, v. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Tutela jurisdicional de urgência nos juizados especiais federais.** Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 2, p. 7-14, maio 2003.

CAPITANT, David. **O Ministério Público diante das jurisdições administrativas na França.** Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 56-61, jul./set. 2006.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Jurisdição e competência.** São Paulo: Saraiva, 1991.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **A ética e os personagens do processo**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 358, p. 347-353, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 2. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA. Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 3. Campinas: Bookseller, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Regina Helena. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 95, p. 125-138, julho/setembro-1990.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem na concessão de serviço público**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 5-10, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6 ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. **A Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**, v. 1. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. **Manual dos Juizados Cíveis**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, v. 1. Buenos Aires: La Ley, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FISS, Owen, **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Trad. de Carlos Alberto de Salles *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Benefícios da Fazenda em juízo**. Revista CEJ, Brasília, n. 30, p.19-25, jul./set. 2005.

FRANCO, Fernão Borba. **Execução em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Presses Universitaires de France: Paris, 2006.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIL, Milagros López. **La ejecución de sentencias en la ley de contencioso administrativo español**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 73-83, jul./set. 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Cortes tributárias e execução fiscal nos Estados Unidos**. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional, n. 5, p. 146-167, 2003.

_____. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Manole, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, v. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Processual Civil Brasileiro**, v. 3. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. **As garantias fundamentais do processo na execução fiscal**. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.). **Execução civil (aspectos polêmicos)**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 249-266.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais**. Revista Forense, v. 387, p. 3-22, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução contra o Poder Público**. Revista de Processo, São Paulo, n. 100, p. 61-81 out./dez. 2000.

_____. **A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa**. In Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 119/144.

HIEN, Eckart. **A reforma do sistema judicial alemão**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 52-55, jul./set. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

KOMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LEMES, Selma. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O direito administrativo e o Poder Judiciário**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: instrumento de participação na tutela do bem comum.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Novas linhas do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Competência cível da Justiça Federal.** 2006. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil,** v. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito constitucional administrativo**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública**. In: **Temas de Direito Processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 199-210.

_____. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**. In: **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

_____. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados**. In: **Temas de direito processual, segunda série**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. 61-72.

_____. **Tutela de urgência e efetividade do direito**. In: **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 89-105.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 2 ed. São Paulo: RT, 1980.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2006.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PORTALÉS, Leticia Fontestad. **La jurisdicción contencioso administrativa en España**. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 62-72, jul./set. 2006.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Democracia, Constituição e Administração Pública**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, p. 60-67, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROCHA, Ruth. **Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Scipicione, 2005.

ROSA JUNIOR, Luiz Emydio F. da. **Manual de direito financeiro e tributário**. 19 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 1. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SHIMURA, Sérgio. **O reexame necessário nas ações coletivas**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito**

processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 345-351.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

———. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 1. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Princípio da isonomia e a Administração Pública em juízo. A realidade brasileira. Aspectos jurídicos.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 169, n. 43, p. 7-12, jan./mar. 2006.

———. **Redefinição de Papéis na execução de quantia certa contra a Fazenda Pública.** Revista CEJ, Brasília, n. 31, p. 67-74, out./dez. 2005.

SOMMERMAN, Karl-Peter. **Européanisation et transformation de la justice administrative en Europe.** In: ZILLER, Jacques (Org.). **What's new in European administrative law.** Badia Fiesolana, San Domenico (FI): European University Institute, 2005. p. 19-24.

SOUTO, João Carlos. **A União Federal em juízo.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari, BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, 1992.

TALAMINI, Eduardo. **Medidas urgentes (“cautelares” e “antecipadas”): a Lei 10.444/2002 e o início de correção de rota para um regime jurídico único.** Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 2, p. 15-28, maio 2003.

. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** 2 ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A Efetividade do Processo e a Reforma Processual.**

Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/393/4/Efetividade +Processo +Reforma.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/393/4/Efetividade+Processo+Reforma.pdf)>.

Acesso em: 05 jan. 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Coord.). **The reforms of civil procedure in comparative perspective.** Torino: G. Giampichelli Editore, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TUPINAMBÁ, Carolina. **A Fazenda Pública e o processo do trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 82.

WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas.** In: WATANABE, Kazuo (Org.). **Juizado Especial de Pequenas Causas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 1-7.

. **Da cognição no processo civil.** 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato. **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.